SOLUÇÃO DE CONFLITOS E PROCESSOS JUDICIAIS

(ORGANIZADORES)

MÁRCIO GALVÃO
KLEVER FILPO
BÁRBARA LUPETTI
NATHANE DA SILVA
ALISSON MARTINS

SOLUÇÃO DE CONFLITOS E PROCESSOS JUDICIAIS

EDITORA MULTIFOCO

Rio de Janeiro, 2017

CONSELHO DO CAED-JUS

Paula Arévalo Mutiz (Fundación Universitária Los Libertadores, Colômbia)

Pedro Ivo Sousa (MPES)

Santiago Polop (Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina)

Saul Tourinho Leal (UNICEUB/IDP)

Sergio Salles (UCP)

Susanna Pozzolo (Università degli Studi di Brescia, Itália)

Thiago Pereira (UERJ/UCP)

Tiago Gagliano (ILAAJ)

SOBRE O CAED-JUS

O **Congresso Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus)** é iniciativa de uma rede de acadêmicos brasileiros e internacionais para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se exclusivamente de maneira virtual, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. Desde a sua criação, o **CAED-Jus** tornou-se um dos principais congressos do mundo com os seguintes diferenciais:

- ❖ Democratização da divulgação e produção científica
- ❖ Publicação dos artigos em livro impresso, cujo pdf é enviado aos participantes
- ❖ Hall of fame com os premiados de cada edição
- ❖ Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas online
- ❖ Diversidade de eventos acadêmicos no **CAED-Jus** (hangouts, palestras, minicursos, etc)
- ❖ Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor no site para os participantes
- ❖ Coordenadores de GTs são organizadores dos livros publicados

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do direito em nível nacional e internacional, tendo membros do Brasil, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido e Alemanha.

Em 2017, o evento ocorreu entre os dias 05 a 07 de julho de 2017 e contou com 10 Grupos de Trabalho e mais de 400 participantes. A seleção dos coordenadores de GTs e dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *peer review*, o que resultou na publicação dos dez livros do evento. Os coordenadores de GTs foram convertidos em organizadores dos respectivos livros.

Os coordenadores de GTs indicaram trabalhos para concorrerem ao Prêmio CAED-Jus 2017. A Comissão Avaliadora foi composta pelos professores Eduardo Manuel Val (UFF/UNESA), Juan Carlos Balerdi (Instituto Ambrosio L. Gioja – Facultad de Derecho da Universidad de Buenos Aires) e Clarissa Brandão (UFF). O trabalho premiado foi de autoria de Ana Claudia Andreucci e Michelle Junqueira sob o título "Infância do consumo e o consumo da infância: reflexões sobre o 'totalitarismo consumista' e o incentivo à transgressão e à violência infantil na sociedade pós-moderna".

SUMÁRIO

ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NOS PROCESSOS EM QUE LITIGA A FAZENDA PÚBLICA: COMPATIBILIDADES ENTRE O INSTITUTO NEGOCIAL E AS DIRETRIZES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Carlos Raimundo de Oliveira Pantoja Filho
Larissa Cavalcanti da Rocha Dutra

INTRODUÇÃO

A realização de negócios jurídicos no Direito Processual Civil tem sido amplamente estimulada e defendida pela doutrina processualista moderna, cujo *modus cogitandi* se pode perceber no texto do Código de Processo Civil promulgado em 2015. Entretanto, surgem pontos controvertidos quando trata-se de negócios jurídicos processuais realizados pela Fazenda Pública, por controvérsias e colisões entre a tendência processualista moderna e a tradicional base legalista, defensora da vinculação dos administradores ao texto legal, inerente ao Direito Administrativo.

O presente trabalho tem por intento discorrer acerca da relação entre os negócios jurídicos processuais e a Fazenda Pública. Buscou-se evidenciar a compatibilidade entre a relação dos negócios jurídicos processuais com os princípios da Administração Pública, isso subsidiado nas posições doutrinárias e legislação incidente sobre o tema.

Mediante a exposição de tema de tamanha polêmica no atual cenário jurídico brasileiro, os esforços e voltaram a tentar harmonizar a nova perspectiva negocial à rigidez das vinculações administrativas, levando-se em conta a realidade brasileira. Nesse trabalho, fica evidenciado o melhor de cada instituto e a necessidade de unir tais benefícios em prol de um melhor Ordenamento Jurídico brasileiro.

1. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E FAZENDA PÚBLICA

O Estado enquanto ente político existe apenas como uma realidade abstrata e invisível. Entretanto, é tido para o ordenamento jurídico pátrio como pessoa jurídica de Direito Público, e manifesta-se no âmbito jurídico através de outro ente, este menos abstrato: a Administração Pública.

A Administração Pública pode ser entendida em sentido formal, como o plexo de pessoas jurídicas, agentes públicos e órgãos destinados à concreção das atividades administrativas (União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas); ou em sentido material ou funcional, como a própria atividade administrativa executada pelas pessoas jurídicas, agentes públicos e órgãos acima citados (fomento, polícia administrativa, serviço público e intervenção administrativa) (ALEXANDRINO e PAULO, 2008).

Cumpre ressaltar a divisão da Administração Pública, prevista no Decreto-Lei nº 200/67, em Administração Direta, que desempenha as funções administrativas de forma centralizada, e compreende a União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios (chamados também de "entidades políticas", por suas prerrogativas constitucionais próprias, a serem exercidas com plena autonomia), e Administração Indireta, que exercem as funções administrativas de forma descentralizada e vinculadas às entidades da Administração Direta, abrangendo as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas.

No âmbito do direito processual, é possível ingressar com ação cível em face da Administração. Todavia, algumas pessoas da Administração Pública, por sua natureza jurídica de Direito Público, possuem certas prerrogativas processuais, tais como a dilação de prazos para todas as suas manifestações processuais e a não-sujeição aos efeitos materiais da revelia. Ao Estado em juízo, através de suas pessoas de Direito Público, deu-se o nome de "Fazenda Pública". O conceito de Fazenda Pública não se confunde, porém, com o da Administração Pública. A abrangência daquela é mais restrita que a desta.

A Fazenda Pública compreende as pessoas jurídicas da Administração Pública que tenham natureza de Direito Público, estando a tal regime jurídico submetidas, em juízo. Assim sendo, tal conceito não abrange as sociedades de economia mista (tais como Banco do Brasil, Petrobras, Banco do Nordeste, etc.) e empresas públicas (tais como a Caixa Econômica Federal, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, etc.), uma vez que, mesmo sendo integrantes da Administração Pública Indireta, possuem natureza jurídica de Direito Privado, estando a tal regime jurídico submetidas (PEIXOTO, 2016).

É digna de observação a inclusão, por meio do Decreto--Lei nº 509/69, da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT) como sendo integrante da Fazenda Pública, apesar de tratar-se de uma empresa pública. Em seu artigo 12, o Decreto--Lei estabelece que a EBCT "gozará [...] dos privilégios concedidos à Fazenda Pública, quer em relação a imunidade tributária, direta ou indireta, impenhorabilidade dos seus bens, rendas e serviços, quer no concernente a foro, prazos e custas processuais". Tal dispositivo é interpretado pela doutrina e jurisprudência como uma "equiparação da EBCT à Fazenda Pública", como faz prova as ementas jurisprudenciais abaixo transcritas:

> **TST - RECURSO DE REVISTA RR 1152520135010030 (TST)**
>
> **Data de publicação: 22/05/2015**
>
> **Ementa:** RECURSO DE REVISTA. RECURSO ORDINÁRIO DESERTO - NÃO RECOLHIMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS- **EQUIPARAÇÃO** DA **ECT ÀFAZENDA PÚBLICA** NÃO ANALISADA PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU - ASPECTO NÃO PREQUESTIONADO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO (alegação de violação ao artigo 12 do Decreto-Lei nº 509 /69 e divergência jurisprudencial). Não demonstrada violação **à** literalidade de dispositivo de lei federal ou a existência de teses diversas na interpretação de um mesmo dispositivo legal, não há que se determinar o seguimento do recurso de revista com fundamento nas alíneas a e c do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho . Recurso de revista não conhecido.
>
> **TRF-2 - APELAÇÃO CIVEL AC 200051010318213 RJ 2000.51.01.031821-3 (TRF-2)**

Data de publicação: 13/12/2010

Ementa: APELAÇÃO EM AÇÃO ORDINÁRIA TRIBUTÁRIA. **EQUIPARAÇÃO** DA **ECT À FAZENDA PÚBLICA**. DESCUMPRIMENTO DO § 1º DO ART. 267 DO CPC . SÚMULA Nº 216 DO STF. SENTENÇA ANULADA. RECURSO PROVIDO. 1- Preliminarmente, reconheço o direito **à** isenção do pagamento de custas processuais e execução por precatórios **à** ECT, nos termos do art. 4º , I , da Lei 9282 /96, haja vista a pacificação da jurisprudência do STF, no sentido da recepção do art. 12 do DL 509 /69. 2- Em relação ao cumprimento do art. 267 , § 1º , do CPC , compulsando os autos, verifico que assiste razão **à ECT** ao sustentar que faltou ser intimada pessoalmente do despacho do juiz, desobedecendo o teor do diploma legal referido. Nesse sentido é a súmula nº 216 do STF. 3- Dessa forma, cumpre anular a sentença a quo para determinar o regular prosseguimento da presente ação. 4- Apelação provida.

Conclui-se, assim, que o conceito de Fazenda Pública abrange toda a Administração Direta (União, Estados, Distrito Federal e Territórios, Municípios), bem como as autarquias e fundações públicas (pessoas jurídicas de Direito Público integrantes da Administração Indireta) e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, excetuadas as demais empresas públicas e todas as sociedades de economia mista.

2. A QUESTÃO DO INTERESSE PÚBLICO

A Administração Pública está sujeita a princípios, que servem como diretrizes não somente pra sua composição, como também para sua atuação perante a sociedade como um todo. Pode-se afirmar que o princípio mais caro ao re-

gime jurídico-administrativo é o da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, a *puissance publique* da doutrina administrativista francesa, que para Celso Antônio Bandeira de Mello é "pressuposto de uma ordem social estável" (MELLO, 2008). Debruçaram-se minuciosamente os estudiosos do Direito Administrativo sobre o significado e o conceito de "interesse público", a fim de minorar a vagueza a qual tal expressão inevitavelmente remete o interlocutor. Desse modo, chegou a doutrina italiana à distinção entre interesse público primário e secundário, sendo primário o interesse público propriamente dito, interesse do corpo social enquanto coletividade, e o secundário os interesses particulares do Estado, podendo ser estes coincidentes ou não com o interesse primário, embora somente legítimos a seres executados e buscados quando com aqueles coincidirem; e chegaram as doutrinas francesa e brasileira à relação quase que harmônica entre o interesse público e os interesses privados.

Acerca de tal relação, afirma Celso Antônio Bandeira de Mello que o interesse público é a "faceta coletiva" dos interesses individuais, sendo um erro "atribuir-lhe o *status* de algo que existe por si mesmo, dotado de consciência autônoma", logo após definir interesse público como "o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem" (MELLO, 2008) .

Verifica-se, a partir de tal definição, que as ideias de "interesse público" e "interesse individual" não são necessariamente conflitantes ou autoexcludentes, como pode fazer supor um análise menos detalhada. Tal constatação não se restringe ao nicho dogmático jurídico, como também implica em comportamentos efetivos da parte da Administração Pública de modo a ratificá-la.

2.1. OS ATOS NEGOCIAIS E A "PRECARIEDADE"

São denominados "negociais" os atos praticados pela Administração Pública nas hipóteses em que os interesses individuais coincidem com a vontade externada pela própria Administração, enquanto ente responsável por zelar pelo interesse público. Sendo atos administrativos, portanto declarações unilaterais de vontade, não se poderá qualificá-los como "contratos" entre os particulares e a Administração, embora em muitos casos predomine, em tais atos, o interesse individual dos particulares.

Esclarece Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, 2007) que

> "Esses atos, embora unilaterais, encerram um conteúdo tipicamente negocial, de interesse recíproco da Administração e do administrado, mas não adentram a esfera contratual. São e continuam sendo atos administrativos (e não contratos administrativos), mas de uma categoria diferenciada dos demais, porque geram direitos e obrigações para as partes e as sujeitam aos pressupostos conceituais do ato, a que o particular se subordina incondicionalmente".

Tais atos podem ser analisados a partir do critério da precariedade dos atos administrativos. Segundo o critério da precariedade, os atos negociais podem ser tanto mais precários caso neles predomine o interesse do particular sobre o interesse da Administração (casos nos quais entende-se que o interesse individual do particular consubstancia-se ao interesse público tutelado), ou chamados "definitivos", caso predomine neles o interesse da Administração, ainda que em concorrência com o interesse do particular.

Podem ainda os atos negociais serem vinculados, caso haja direito do particular à sua obtenção, caso no qual a Administração não se pode furtar de praticá-lo, ou discricionário, podendo ou não ser praticado pela Administração Pública a partir de um juízo de conveniência e oportunidade, no qual se aufere a possibilidade de adequação do possível ato a ser praticado com o interesse público protegido (ALEXANDRINO e PAULO, 2008).

2.2. A INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO E A POSSIBILIDADE DE TRANSAÇÃO

A mais relevante característica do interesse público é a sua indisponibilidade: sendo interesse da própria coletividade considerada enquanto tal, não pode dele o administrador público dispor como bem lhe entender. O interesse público "não se acha entregue à livre disposição de vontade do administrador", por não ser ele o legítimo titular de tal interesse, mas apenas designado para por ele zelar.

Ressalte-se que

> "A Administração não titulariza interesses públicos. O titular deles é o Estado, que, em certa esfera, os protege e exercita através da função administrativa, mediante o conjunto órgãos (chamados administração, em sentido subjetivo ou orgânico), veículos da vontade estatal consagrada em lei". (MELLO, 2008)

A indisponibilidade do interesse público foi considerada durante muito tempo pela doutrina tradicional como fator impeditivo para a realização de composição entre a Administração Pública e particulares. Para tal doutrina, não haveria que se falar em possibilidade de composição em casos que

envolvam interesse público, por não ser a Administração titular de tal interesse. Uma eventual negócio jurídico entre a Fazenda Pública e um particular firmado no âmbito do direito processual seria, por conseguinte, uma medida duplamente incabível, por violar a indisponibilidade do interesse público e por macular a natureza publicista do Direito Processual com negócio jurídico de natureza eminentemente privada.

Sobre este ponto, a doutrina publicista moderna chegou à distinção entre a indisponibilidade absoluta, que teria como características a irrenunciabilidade, a insuscetibilidade de transação e a persecução processual obrigatória; indisponibilidade relativa, esta igualmente irrenunciável e de persecução processual obrigatória, mas suscetível de transação; e, por fim, a disponibilidade limitada, irrenunciável como as outras, mas de persecução processual facultativa, e suscetível de transação (PEIXOTO, 2016).

2.2.1. A INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO E AS FACULDADES PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Ao estabelecer a distinção entre indisponibilidade absoluta, relativa e disponibilidade limitada, resta admitida e posta pela doutrina a existência de direitos e interesses indisponíveis que admitem autocomposição. A legislação incorporou a inovação doutrinária, de modo a estimular a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração e Fazenda Públicas: a Lei 10.259/2001, que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, no parágrafo único de seu art. 10 estabelece que "os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, [...] ficam autorizados a conciliar, transigir

ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais", conferindo assim tal prerrogativa aos representantes processuais da Fazenda Pública, ao citar a União, as autarquias e as fundações.

Posteriormente, através da Lei de nº 12.153/2009, foram criados no âmbito estadual, municipal e do Distrito Federal e Territórios os Juizados Especiais da Fazenda Pública, cuja competência atribuída pelo texto legal é de não somente processar e julgar as causas cíveis até o valor de sessenta salários mínimos de interesse dos Estados, Distrito Federal, dos Territórios e Municípios, mas também de conciliar. O art. 8 da Lei afirma que "os representantes judiciais dos réus presentes à audiência poderão conciliar, transigir ou desistir nos processos de competência dos Juizados Especiais, nos termos e nas hipóteses previstas na lei do respectivo ente da Federação".

Mais recentemente, a Lei 13.140/2015, chamada Lei da Mediação, autoriza expressamente parte das pessoas jurídicas que compõem a Fazenda Pública ("a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações") a recorrer à meios de solução autocompositiva por adesão, cujas condições e requisitos são definidos por resolução administrativa própria, na qual o representante da Fazenda propõe as cláusulas do eventual acordo, restando ao particular aceitá-las, selando a mediação, ou rejeitá-las, recorrendo ao Judiciário. As transações por adesão terão fundamento em "autorização do Advogado-Geral da União, com base em jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunais superiores" ou em "parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República". A redação desse dispositivo legal foi motivada, percebe-se, pela noção tradicional da doutrina administrativista do "poder de império" estatal, da indisponibilidade do

interesse público, e pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, concedendo menos prerrogativas aos representantes da Fazenda Pública que as leis que regulam os Juizados Especiais, estabelecendo obrigatoriamente o regime da transação por adesão para os casos de controvérsias que envolvam as fundações públicas, autarquias e Administração Pública direta no âmbito federal. Resta evidente que tal regime específico foi estabelecido justamente pela qualidade de "guardiã" do interesse público e indisponível à Administração legada. A Lei autoriza ainda a criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, as quais dentre suas finalidades encontra-se a de "dirimir conflitos entre órgãos e entidades da Administração Pública".

Cumpre salientar que a atuação, também processual, da Fazenda Pública é regida pelo princípio da Legalidade, conforme art. 37 da Constituição Federal, segundo o qual a Administração Pública (e, por conseguinte, a Fazenda Pública) só deve agir na medida em que for expressamente autorizada por dispositivo normativo. A legalidade enquanto princípio implica, destarte, na possibilidade de autocomposição em casos que envolvam a Fazenda Pública somente quando lhe for permitido legalmente fazê-lo (PEIXOTO, 2016).

3. NEGÓCIOS PROCESSUAIS E COMPATIBILIDADE COM A FAZENDA PÚBLICA

Negócios, termo que finca as raízes no comércio, como a própria palavra nos traz, advém da ideia de acordar, contratar, pactuar, vinculada. Por meio do Código de Processo Civil de 2015, a tendência de negócio que vinha já surgindo em

tímidos artigos espalhados em leis, ganhou força por meio da previsão expressa no Novo Código, que possibilitava a flexibilização de procedimentos regulamentados no mesmo código.

Essa possibilidade representa um avanço na matéria processual haja vista que tem início em razão das partes e agora, com essa nova perspectiva, passam as partes a intervir também ao longo do procedimento. Nesse feito, autor e réu passam a adequar determinadas etapas da litigância para sua melhor conveniência de trato ao caso.

A novidade se mostra como uma fonte emergente de oportunidades para uma diferente roupagem ao julgamento de lides em juízo. Que passam a aderir a uma perspectiva de efetivamente solucionar os conflitos em si e não apenas julgá-lo[1].

Esse novo direcionamento tende a beneficiar o sistema processual e os litigantes, nessa tendência está a se expandir nos tribunais e varas de todo o Brasil. Porém, essa expansão encontra barreira quando uma das partes integra a Fazenda Pública.

Como bem foi visto a Fazenda Pública possui um regime bastante específico que regula a administração pública. Essas determinações por vezes entram em confronto com os ditames inerentes aos negócios processuais, que tende a uma larga margem de flexibilizações e tratativas não necessariamente vinculadas ao texto de Lei. Mas, nem por isso pode-se dizer que a Fazenda Pública está excluída de tal aplicação, como bem ressaltou o enunciado 256 do Fórum Permanente de Processualistas Civis "A Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual". Para isso é preciso analisar algumas peculiaridades inerentes a essa associação, em destaque para o aspecto da Legalidade e da Isonomia.

---

1. Ideal patrocinado pelo novo Código que traz esse intento de analisar o conflito *per si* e avaliar qual seria o meio mais adequado a solucioná-lo, envolvendo as partes, como é evidenciado pelo modelo multiportas, descrito em seu texto de Lei.

3.1 NEGÓCIOS PROCESSUAIS ATÍPICOS *VERSUS* LEGALIDADE NA FAZENDA PÚBLICA

Um dos princípios mais caros aos entes públicos é a legalidade. O funcionalismo público possui em sua natureza o condicionamento ao texto de lei para seu bom funcionamento, entendendo que somente assim, estaria preservado o interesse público.

Porém, quando se vivencia a prática da atividade administrativa percebe-se a seguinte questão: a legislação nem sempre acompanha a dinamicidade dos avanços sociais. Pelo contrário, em razão do trâmite burocrático de suas alterações a legislação em geral tende a se portar defasada.

Nesse ponto, destaca-se o posicionamento de Juarez Freitas, evidenciando que a mitigação do princípio da legalidade, havendo atividades administrativas exigíveis, independentemente de previsão legal (FREITAS, 2004). Assim, as demandas emergentes não contempladas pela legislação precisam de resolução para não estagnar a atividade.

Outro aspecto a ressaltar é a situação em que a negociação se faz mais vantajosa para o ente público do que seguir a letra da lei.Quanto a isso sabe-se que

> “o administrador público tem a obrigação de buscar a melhor atuação e, nessa busca, deve ter em conta sempre “a solução mais adequada economicamente ao gerir a coisa pública”. Conforme observa o prof. Juarez Freitas, tal princípio constitucional ‘está a vedar, terminantemente, todo e qualquer desperdício de recursos públicos ou aquelas escolhas que não possam ser catalogadas como verdadeiramente comprometidas com a busca da otimização ou do melhor’” (GAZDA, 2006).

Assim, instaura-se frente ao poder público um conflito entre princípios. Por um lado, tem-se o direcionamento de seguir as determinações legais, por outro deve-se evitar a todo custo situações de prejuízo a Fazenda Pública.

Em um exercício de ponderação depreende-se que preservar o patrimônio público se faz algo mais interessante ao órgão e a própria Fazenda Pública, sobre tudo com as tendências de negociações que tem emergido na legislação. Nessa feita, considerando o tratamento dado a outros casos já previstos na lei, pugna-se pela realização negocial, calhando novamente na tardia atuação do legislativo, que não acompanha os fatos. Assim, havendo uma nova alternativa, ainda que não prevista por lei, mas, dentro da legalidade; se faz como uma via a ser seguida em prol de resguardar os recursos públicos.

Por outro lado, em uma visão mais desvinculada da vertente positivista deve-se considerar os atos negociais também como norma jurídica tais como a Lei. E com isso se faz amparada a adoção de medidas negociais ao poder público, haja vista que sua atuação, ainda que não prevista em lei, permanece a contemplar o Ordenamento Jurídico. Conforme se percebe por meio das palavras de Fredie Didier Jr.:

> "O art. 191 do NCPC consagrou a atipicidade da negociação processual – o tema foi tratado no capítulo sobre a teoria dos fatos jurídicos processuais. Negócio jurídico é fonte de norma jurídica, que, por isso mesmo, também compõe o ordenamento jurídico. Negócio jurídico pode ser fonte normativa da legitimação extraordinária. Este negócio jurídico é processual, pois atribui a alguém o poder de conduzir validamente um processo" (DIDIER, 2014).

3.2 NEGÓCIOS PROCESSUAIS E A QUESTÃO DA ISONOMIA NA FAZENDA PÚBLICA

Um dos princípios que rege a Fazenda Púbica é a Igualdade. Com isso preza-se que as atividades do serviço público sejam exercidas de maneira neutra e uniforme em todos os âmbitos, respeitando é claro, as situações de isonomia que demandarão uma postura peculiar ao caso concreto.

Esse direcionamento é amplamente aceito, pois está diretamente relacionado com a neutralidade e indiscricionariedade dos gestores que atuam na Fazenda Pública. Porém, essa questão passa a ser enfrentada como polêmica quando se defronta com a utilização dos Negócios Processuais nessa esfera.

A natureza negocial se rege pela vontade das partes, que pode ser altamente volúvel, facultando aos membros pactuarem de certo modo entre si e, em negócio entre partes semelhantes, realizarem o acordo mediante outros termos. Porém, práticas assim, na administração pública, despertam a atenção para possíveis favorecimentos incompatíveis a neutralidade exigida a essa gestão.

Assim, pergunta-se se uma vez tomada a opção de aderir a determinado negócio processual, estaria a Fazenda Pública sempre obrigada a acatar quando solicitado o ato em casos semelhantes, e com o teor regido pelos mesmos termos?

Parece, inicialmente, ser a postura mais compatível a Fazenda Pública, entendendo toda a peculiaridade do seu acervo principiológico. Contudo, esse entendimento baseia-se em uma visão restrita quanto ao caso concreto. Forçar uma vinculação ignora ao fato de haver alterações de circunstâncias que, por diversos motivos, podem tornar inviáveis a realização do negócio ou a realização do negócio nos mesmos termos. Por exemplo, um certo calendário processual acordado entre a Fazenda Pública e determinada parte pode se tornar,futuramente,

inviável para ser pactuado com parte semelhante em razão do assoberbamento de processos sobre os advogados públicos para a época prevista. Isso faz parte da Isonomia.

Por outro lado, entende-se que não pode ficar a critério da conveniência da Fazenda Pública realizar o negócio processual ou não. Deve-se haver a possibilidade de repetir o feito ou não, desde que não o fazendo, haja uma justificativa que demonstre a justa razão de não o fazê-lo novamente.

CONCLUSÃO

Como se vê, os Negócios jurídicos processuais se configuram uma ferramenta de auxílio à melhor adequação para sanar os conflitos, seja por proporcionar a adesão ao meio mais favorável ao caso concreto ou por permitir uma maior celeridade do decurso processual. Por meio da breve análise feita sobre sua aplicação aos casos envolvendo a Fazenda Pública, percebe-se que as questões principiológicas não configuram, em si, um impedimento a tal feito.

Por meio dos Negócios Processuais na Fazenda Pública, controle e fiscalização ficam, de certa forma, comprometidos, haja vista a margem volitiva das partes em acordar as tratativas. Nesses termos, para um melhor aproveitamento, visando conciliar os benefícios do negócio com o controle estatal sobre os mesmos, acredita-se, como uma via plausível, a elaboração de normas genéricas para reger a incidência dos negócios processuais. Isso não positivaria os termos, nem quando seria possível o acordo, mas daria os norteamentos gerais para amparar os gestores e o Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 109-110.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Fonte normativa de legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial**. Salvador, 2014. Disponível em: http://www.frediedidier.com.br/artigos/fonte-normativa-da-legitimacao-extraordinaria-no-novo-codigo-de-processo-civil-a-legitimacao-extraordinaria-de-origem-negocial/. Acesso em: 22 NOV 2016.

FREITAS, Juarez. **Controle dos atos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GAZDA, Emmerson. **Administração Pública em juízo: poder-dever de transigir.** Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/administra%C3%A7%C3%A3o-p%C3%BAblica-em-ju%C3%ADzo-poder-dever-de-transigir - acessado em 21/11/2016 às 10h.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

PEIXOTO, Ravi. **A Fazenda Pública e audiência de conciliação no novo CPC**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-abr-07/ravi-peixoto-fazenda-audiencia-conciliacao-cpc. Acesso em: 21 de novembro de 2016, às 11:32.

AS IDIOSSINCRASIAS ATINENTES À FASE DE SANEAMENTO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL APÓS O ADVENTO DA NOVA PROCESSUALÍSTICA

Diego Freitas Leite Pinto

INTRODUÇÃO

Este ensaio tem o objetivo precípuo de se dedicar à análise de um tema que é muito versado pelos processualistas e operadores do Direito em geral, mas pouquíssimo estudado a fundo por aqueles que o mencionam. Trata-se da fase de saneamento do processo que tal como as fases postulatória, instrutória e decisória, existe e deve ser bem compreendida para que o seu correto entendimento propicie o alcance da tão sonhada justiça.

Dividiu-se o texto em três partes igualmente importantes. Em um primeiro momento, irá se tratar do saneamento no CPC/73 tal como descrito no mesmo e analisado pela doutrina. Em um passo adiante, passa-se à verificação acurada da nova normativa específica contida no novo diploma legal, a L. 13.105/15.

Por fim, prossegue-se à comparação legislativa para demonstrar, mediante pinceladas técnicas,os progressos, retrocessos e as especificidades no tocante a esta fase, principalmente

quanto à parte do novo Código que versa sobre a estabilização da decisão que finda a referida fase.

1. A FASE DE SANEAMENTO NO CPC DE 1.973

Antes de se passar à descrição comentada dos artigos de lei que fundamentam esta etapa textual irá este autor conceituar o objeto de discussão para que assim se prossiga ao pretendido.

Saneamento, ou fase de saneamento, é o período processual em que são tomadas algumas providências preliminares que visam completar o contraditório, regularizar o processo e preparar uma decisão de conteúdo variável, que se dá no famoso *julgamento conforme o estado do processo*.[2]É, portanto, o momento em que o magistrado juntamente com as partes, praticará atos processuais para sanar eventuais irregularidades e dar seguimento ao processo.

Dito isso, passa-se à legislação processual revogada.

O CPC/73 trata da dita fase processual nos artigos 323 a 331. É de se dizer que sanear significa aperfeiçoar, melhorar para evitar futuros vícios, defeitos e até mesmo nulidades, e foi isso que a ordem lógica exposta no antigo CPC demonstrou.

Primeiro, se determinam providências preliminares com o fim de sanar eventuais eivas tidas no transcorrer do processo. Feito isso, adentra-se na sub-fase do julgamento conforme o estado do processo o qual abarca a extinção do mesmo, o julgamento antecipado da lide (ou para alguns do mérito) e a audiência preliminar. Passado este *iter* e não extinto o processo, chega-se à fase probatória ou instrutória.

Nesta esteira, fixa-se a seguinte conclusão: se houver qualquer das hipóteses previstas nos arts. 267 e 269, II a V do CPC/73 o juiz extingue o processo sem ou com resolução

---

2. GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil. 4ª Edição. Editora Forense. Pág. 358.

do mérito, propiciando desde já, o surgimento da coisa julgada. Por outro lado, se não o fizer após análise para tanto, irá verificar se é o caso de julgar antecipadamente a lide e isto ocorrerá se o réu for revel e/ou se a questão de mérito for unicamente de direito ou sendo de direito e de fato não necessitar de produção probatória em audiência.

Se por fim, não for ainda hipótese legal de julgar o mérito-prematuramente e houver necessidade de produção de provas em audiência, se passará à audiência preliminar prevista no art. 331 do CPC/73 para tentar uma eventual conciliação, e não logrando êxito, fixar os pontos controvertidos. Na prática,este último ponto não é observado, salvo raras exceções.

Ato contínuo, resolve-se as questões processuais pendentes mediante despacho saneador.

Este é o ciclo saneador do processo nos moldes anteriores que tem o objetivo máximo de torná-lo idôneo e preparado para o prosseguimento procedimental. Sendo assim, cabem duas considerações de cunho analítico acerca do mesmo.

A primeira é o fato de o procedimento comum ordinário ser muito fragmentado, e isto por óbvio, abarca a fase saneadora. O Estado-Juiz está sempre protagonizando os atos procedimentais e, passo a passo, determinando o impulso necessário ao processo. Trata-se de andamento processual truncado que não se filia à celeridade.

Desta forma, solução alternativa para este problema, seria a abertura de prazo para as partes se pronunciarem sobre eventuais vícios e irregularidades, sob pena de preclusão. Bastaria assim, uma única manifestação, conjunta, mediante prazo comum. Simplificar-se-ia o *modus operandi* e agilizar-se-ia a entrega da tutela jurisdicional. Isso, no entanto, não foi fixado nem no CPC antigo, nem na nova legislação de regência.

Segundo ponto importante negativo a ser abordado é o fato de esta audiência, quando ainda em vigor o CPC/73, ser não obrigatória. Não há sentido algum, nem lógico, nem jurídico, em se prever uma audiência preliminar, que tem um intuito prepatório/saneador, sem que se valorize a mesma e se dê a devida importância tornando-a obrigatória.

Na prática os operadores do Direito não davam muita importância para a mesma, porque muitas vezes não era realizada por um Juiz de Direito, mas sim por Conciliadores Judiciais, além do fatode existiruma"cultura da litigiosidade" que se fazia e se faz presente na sociedade contemporânea.

O novo CPC veio à tona para tentar sanar esta falha do legislador ordinário e o fez com muita propriedade ao dar o tom da obrigatoriedade à mesma.

É bem verdade que a dita audiência preliminarnão tem única e exclusivamente o escopo de proporcionar a conciliação entre as partes. Quer ao mesmo tempo em que privilegia uma autocomposição, permitir o saneamento do processo e delimitar a instrução processual. Mas mantem-se aqui a crítica ácida que se fez referente ao desprezo e pouco caso que os operadores do Direito tiveram e têm para com ela. O nível de litigiosidade social poderia ser muito menor se assim não o fosse.

Há forte parcela doutrinária que completa o quanto foi dito sobre a fase de saneamento no antigo CPC, dizendo que esta, também tida como fase de *ordenamento*, não se esgota em atos de regularização processual.[3] É que o magistrado tem o dever de sanear o processo durante todo o seu iter procedimental, embora haja uma fase específica para a prática de atos regulamentadores/certificadores.

3. JR. DIDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 16ª Edição. Editora Jus Podvm. Pág. 559.

Assim, vencidas as etapas ventiladas acima, chega-se a audiência preliminar. É nesta que se realizam os últimos atos tendentes ao saneamento e preparatórios para a etapa seguinte. Observa-se, mais uma vez, que esta audiência não era obrigatória sob a égide do CPC/73 e tinha um caráter residual, ou seja, caso não haja a extinção do processo com fulcro nos arts. 267 e 269, II a V, do CPC/73 e o julgamento antecipado da lide, prosseguir-se-iaà esta para se tentar conciliar e sanear o que faltar.

Deve o magistrado neste momento perceber se o direito discutido em juízo admite ou não transação e se é provável ou improvável a obtenção de um acordo. Se após análise e reflexão se chegar à conclusão de que não é possível nem uma, nem outra, deve proferir uma decisão escrita e, tal como explicado, declarar saneado o feito, fixar os pontos controvertidos e delimitar a atividade probatória.

Aproveita-se o ensejo para chamar a atenção para o fato de que a ampla maioria da doutrina[4] tem o despacho saneador (decição escrita), no que diz respeito à sua natureza jurídica, como decisão interlocutória. Trata-se de um nome que não reflete a espécie ato processual despacho, mas sim evidente decisão proferida no bojo do processo para sanar irregularidades e impulsar o procedimento.

2. A NOVA NORMATIVA PROCESSUAL

Neste momento, passa-se ao estudo da nova normativa contida na fase de saneamento a qual é responsável por positivar algumas modificações importantes para aqueles que lidam com o Direito Processual Civil.

Começa-se afirmando que o encadeamento lógico-normativo da respectiva fase não foi modificado, eis que o juiz toma as

4. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Novo Processo Civil Brasileiro. 22ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2002, p. 52-53.

providências preliminares, garantindo inclusive a possibilidade de oferecimento de réplica e até de tréplica se for o caso (respeitandoo contraditório e ampla defesa), julga o processo conforme o seu estado e realiza uma audiência *sui generis*, se for o caso.

Importa atentar para o fato de que a antiga audiência preliminar não foi extirpada do trâmite processual, apenas foi deslocada e ganhou nova roupagem, pois passou a compor a fase postulatória, sendo realizada antes mesmo do oferecimento da contestação.Adquiriu também nova nomenclatura, audiência de conciliação e mediação, agora obrigatória.

Desta maneira, e conforme expresso no art. 347 do NCPC, findo o prazo para a resposta do réu o juiz tomará conforme o processo as providências preliminares para perfectibilizar o procedimento. O faz fixando prazo e dando oportunidade para as partes se manisfetarem sobre eventual prova documental juntada nesta fase, estipulando prazo para o oferecimento de réplica, dando a oportunidade para a correção de eventuais vícios geradores de nulidades, dentre outras medidas, para assim prosseguir.

De acordo com a dicção do art. 354 do NCPC, tomadas as devidas providências irá o magistrado competente verificar se é o caso de extinção do processo com ou sem resolução do *meritum causae*, cf. arts. 485 e 487, do NCPC. Não sendo o caso de proferimento de provimento jurisdicional capaz por fim à lide, ainda que temporariamente, passará o agente político à próxima etapa da fase ordenadora, qual seja o julgamento antecipado da lide.

Não se pode deixar de mencionar que há novidade quanto a este julgamento específico. Há uma transmudação jurídico-semântica expressada pelo art. 355 do NCPC. Diz o referido artigo que o juiz julgará o mérito antecipadamente, proferindo sentença, se não houver necessidade de produção probatória e se o réu for revel, houver a produção do efeito do art. 344

do mesmo código e não houver requerimento, por parte deste, para a produção de provas.

Com relação à desnecessidade de feitura/coleta de provas, não se vislumbra mudança crucial, eis que apenas houve mudança na escrita, no vernáculo, não havendo mudança de sentido ou finalidade, haja vista que matéria de direito e de direito e de fato que não demanda embasamento probatório, não fundamentam o direito das partes à produção de lastro probante justificador de alegações.

No que diz respeito ao inciso II do art. 355, o qual se refere ao réu revel, houve mudança, eis que não mais basta a simples constatação da revelia. É necessário agora a confirmação da revelia e de seu efeito acessório que nem sempre se verifica, a presunção relativa de veracidade dos fatos alegados pela parte contrária. Se este efeito não se fizer presente não poderá o juiz constitucionalmente competente julgar antecipadamente a lide.

Todavia, se se constatar os dois requisitos anteriores e se atestar o não oferecimento de requerimento de produção probatória pelo réu, estará o magistrado autorizado a dar uma passo à frente e proferir o julgamento *sui generis* conforme o estado processual.

Em outro passo, e de acordo com a nova sistemática, o ato de julgar antecipadamente a lide ou o mérito pode ser feito de duas formas, total ou parcialmente. Será feito totalmente se não houver fato jurídico processual capaz de cindir o objeto de julgamento. No entanto, tomar-se-á a decição parcial, se um ou mais dos pedidos formulados ou parcela destes mostrar-se incontroverso ou estiver em condições de imediato julgamento.

Percebe-se o adicionamento de sub estapas processuais a esta fase que antes era mais sucinta e objetiva. A decisão jurisdicional, cf. §§ 1º e 2º do art. 356 do NCPC, poderá reconhecer a inexistência ou a existência de obrigação líquida ou ilíquida. Ou seja, se líquida for a obrigação passar-se-á à execução da

mesma de imediato com o trânsito em julgado, e se não estiver liquidada, será esta feita para apuração do direito pleiteado em juízo, sem necessidade de caução, ainda que haja recurso interposto contra esta decição que resolve parcialmente o mérito.

Prevê também o novo Código que a liquidação e o cumprimento desta decisão fragmentada do mérito poderá ser processada em autos suplementares, apartados, a requerimento da parte ou do magistrado. Trata-se, portanto, de uma faculdade processual concedida às partes e ao juiz da causa.

Por fim, preleciona a novel legislação que da decisão proferida com base no art.356 do NCPC (sentença que resolve parcialmente o mérito) cabe agravo de instrumento. Deve-se fazer uma breve observação quanto a esta espécie recursal: o agravo de instrumento não mais é cabível quando há decisão suscetível de causar lesão grave e de difícil reparação, é inadmitida a apelação e se estipula os efeitos em que a mesma é recebida. Agora há rol taxativo de hipóteses de cabimento do agravo de instrumento e esta aqui versada é uma delas.

Desta forma, finaliza-se a exposição do julgamento de mérito total ou parcial e chama-se atenção para este último, pois que representa uma novidade normativa e é julgamento que só se realiza sob condição, qual seja a de existir um fato jurídico processual que autorize o referido julgamento.

Por fim, e para finalizar a exposição referente à nova normatividade processual condizente com esta fase, passa-se ao que o novo código denominou de "Saneamento e Organização do Processo". A Seção IV, do Capítulo X, do Título I, do Livro I, da Parte Especial do NCPC diz que em não ocorrendo nenhuma das etapas preliminares, providências preliminares e julgamento conforme o estado do processo, o juiz deve proceder ao saneamento proprimente dito do *processum*.

Assim, mediante decisão de saneamento e organização do processo resolve as questões processuais pendentes, se existentes; delimita as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; define a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373 do mesmo diploma legal; delimita as questões de direito relevantes para a decisão de mérito; e designa, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

Prossegue-se à análise de cada um destes pontos específicos.

Se o magistrado, ao chegar neste momento processual, verificar a existência de questões processuais que causem impasse ou impedem o prosseguimento do feito, deve resolvê-las para permitir o correto e bom trâmite processual. Um exemplo de questão processual pendente a ser resolvida seria a irregularidade da representação processual da parte. Deveria o juiz da causa, neste caso, conceder prazo para a parte emendar a inicial e corrigir o defeito de representação, juntando, por exemplo, procuração ou substabelecimento de seu patrono.

Em um segundo momento, deverá fazer algo que, tal como a primeira providência supracitada, já fazia quando da vigência do antigo CPC: delimitar a atividade probatória e definir os meios pelos quais a mesma se dará.

Deve o juiz de forma clara, concisa e precisa, dizer conforme o pleito das partes, a natureza e as circunstâncias que rodeiam o processo, a atividade de provar os fatos constitutivos do direito do autor e os fatos impeditivos, extintivos e modificativos do direito do mesmo a serem alegados pelo réu.

Entretanto, deve-se atentar para o fato de não serem admissíveis as provas impertinentes (não dizem respeito ao objeto do processo ou não guardam relação com o mesmo), excessivas (exarcebação probatória repetitiva que comprova o que já possui prova), protelatórias (têm o intuito único de atrasar a marcha

processual) e ilícitas (são aquelas que ferem a ordem jurídica, ou seja, as leis como um todo e a Constituição Federal), podendo o juiz negar qualquer uma destas sem ferir a ampla defesa.

O ponto sobre o qual se versará agora é de suma importância, eis que explicita uma temática que abarca uma divergência doutrinária e jurisprudencial. Trata-se da fixação do *onus probandi*.

Muitos juristas dizem que o ônus da prova dinâmico por meio da teoria da carga probatória, tem natureza de regra de julgamento, enquanto outros dizem que se trata de regra de procedimento. A diferença entre as posições acima expostas é o momento em que o magistrado distribui o ônus da prova.

Se o fizer no curso do procedimento, resguardado o contraditório e a ampla defesa, agora com base também no princípio da não surpresa, art. 9º do NCPC, é regra de procedimento. Por outro lado, se deixar para distribuir o ônus probatório na decisão jurisdicional que resolve a *res iudicium deducta*, é regra de julgamento.

Aproveita-se o ensejo para se discordar daqueles que defendiam ser a distribuição do ônus da prova uma regra de julgamento. É que se assim o for, se estará diante de uma tese que admite a definiçãodo que cada uma das partes deverá provar quando do julgamento do mérito do processo. As partes não teriam a oportunidade de saber qual a conduta probatória adequada, ou seja, se teriam ou não de provar os fatos alegados.

O NCPC, pelo menos na modesta opinião deste autor, extirpou de vez a celeuma existente ao deixar claro no inciso III do art. 357 do NCPC que deve o magistrado na fase de saneamento distribuir o ônus da prova, obsevadas as possibilidades reais e as necessidades de cada parte de provar o que alegam. Definiu, portanto, a distribuição do referido ônus como sendo regra de procedimento a qual deve ser respeitada.

Há também questões de direito que devem ser delimitadas pelo magistrado quando desta fase processual. Significa dizer que tal como a atividade probatória, as questões técnicas de direito, sobre o que se discutirá, provará e decidirá, deverão ser especificadas. Trata-se de regra de cunho eminentemente organizacional, eis que visa clarear as questões jurídicas para as quais o processo se volta.

Por fim, e aqui também há novidade, designará o magistrado audiência de instrução e julgamento, se necessário. Na verdade, se trata de novidade na legislação, mas não na prática, eis que quando da vigência da antiga normatividade, malograda a conciliação, resolvidas as questões processuais pendentes e fixados os pontos controvertidos, marcar-se-ia a audiência de instrução e julgamento. O mesmo ocorre agora, sem deixar de mencionar a imperiosa necessidade comprovação de produção probatória em audiência.

Esta é a nova disposição dos atos processuais a serem tomados quando do decorrer do saneamento do processo.

Verificou-se algumas novidades na legislação como a distribuição do ônus probatório das partes e a delimitação das questões de direito, as quais têm faceta facilitadora e organizadora do rito procedimental, visando a simplificação e o respeito ao contraditório e a ampla defesa.

Nesta esteira, observar-se-á os 9 (nove) parágrafos que explicam o novel art. 357 do NCPC, os quais contém inovações benéficas e maléficas para o processo como um todo.

O § 1º do referido artigo diz que após a feitura do saneamento as partes podem pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes no prazo de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável. Se está diante de uma disposição de suma importância, eis que deve ser compreendida com o § 1º do art. 1009 do NCPC.

Primeiramente, pela literalidade do parágrafo é possível concluir que após a decisão de saneamento, ou seja, o despacho saneador, podem as partes pedir esclarecimentos ou solicitar quaisquer ajustes no prazo comum de 5 dias. Até aqui não há maiores complicações.

A novidade está na parte final do dispositivo que diz: "*findo o qual a decisão se tornará estável*". A estabilidade da decisão que saneia o processo também é uma inovação e causa, *prima facie*, um desconforto para os operadores que interpretam os códigos e as legislações de forma sistemática. O § 1º do art. 357 do NCPC deve ser lido com o § 1º do art. 1009 do mesmo diploma.

O § 1º do art. 1009 do NCPC, artigo este situado na parte de recursos do novo código, diz que as questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

Há sem sombra de dúvidas uma aparente conflitualidade entre as normas constantes do mesmo diploma. Afinal, a decisão prolatada na fase de saneamento se estabiliza ou não se estabiliza? O inconformismo de uma ou ambas as partes na supracitada fase processual, justifica a interposição da apelação tal como disposto no § 1º do art. 1009 do NCPC?

Seguindo-se a sistematicidade interpretativa, conclui-se com relação ao primeiro questionamento que sim. Contudo, trata-se de uma estabilização temporária, não definitiva. A decisão saneadora torna-se estável no transcorrer das fases saneadora, probatória e decisória, mas isso não inibe uma futura discussão no âmbito do recurso de apelação.

É possível concluir também que ela só se estabilizará definitivamente se não houver a interposição do recurso de apelação, eis que a matéria estará preclusa e não mais haverá

oportunidades processuais para a alegação do quanto foi decidido na fase saneadora. Assim deve ser a interpretação dos dispositivos, pois que não se nega vigência a nenhum deles e se interpreta de forma sistemática o novel diploma normativo.

Dessa forma, conclui-se que há sim a estabilização da decisão que saneia o processo, sendo porém esta estabilização *sui generis*, pois que em princípio temporária e sujeita a uma condição, qual seja a da não interposição do recurso de apelação ou da interposição que não suscita em preliminar a discussão desta questão. É desta maneira que deve se dar o entendimento sobre a matéria.

Resta apenas um última observação quanto à temática ora abordada.

O § 1º do art. 1009 do NCPC cita o recurso de agravo de instrumento ao dizer que as questões suscitadas na fase conhecimento poderão ser reanalisadas em sede de apelação, se não couber o referidoagravo. Quer-se apenas ratificar o que antes já se havia dito. Com a nova normatividade o recurso de agravo de instrumento ganha novos contornos e especificidades, dentre elas a de possuir um rol taxativo previsto no art. 1005 do NCPC.

Assim, se a hipótese de cabimento do recurso não estiver prevista no referido artigo, ou no bojo do NCPC, não há falar de agravo de instrumento. É o que acontece agora com a decisão saneadora do processo a qual não desafia este recurso.

O § 2º do art. 357 do NCPC elucida um dos novos princípios consagrados na nova processualística, qual seja o da liberdade das partes. Diz o mencionado parágrafo que as partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV do mesmo artigo, a qual se homologada vincula as partes e o juiz.

Cabem aqui algumas observações. Primeiro deve-se atentar para a liberdade que o novo código deu para as partes no

que tange ao sanemento procedimental. Podem as partes do processo a partir de agora decidir os fatos a serem saneados e sobre os quais recairá a atividade probatória (e aqui trata-se de uma espécie de convenção processual na modalidade probatória) e sobre os pontos técnico-jurídicos que serão analisados no transcorrer do processo.

É um grande ganho em termos de flexibilização procedimental e desconcentração dos atos processuais das mãos dos magistrados.

Outro ponto a ser analisado é o simples fato de a convenção das partes não obrigar o juiz da causa de pronto. Trata-se de uma faculdade concedida aos magistrados brasileiros que, se vislumbrarem razoabilidade, proporcionalidade e respeito às garantias constitucionais fundamentais, homologarão a mesma.

O terceiro parágrafo do mesmo art. 357 do NCPC merece análise, eis que suscita um questionamento importantíssimo merecedor de reflexão.

Diz o referido dispositivo que se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

Vefica-se mais uma faculdade atribuída ao magistrado competente para o processamento e julgamento da causa, que é o fato de poder designar audiência especial se houver complexidade quanto à matéria de fato ou direito. Há assim a possibilidade expressa de se ter mais uma audiência no *iter* do processo. Isso, todavia, não atrasaria o marcha rumo ao deslinde do conflito institucionalizado? Não seria um retrocesso?

De fato, é um atraso no curso processual. Trata-se de uma possibilidade que se colocada em prática atrasará o julga-

mento da lide. E na opinão deste autor, trata-se também de um retrocesso, eis que se vai de encontro à teleologia exposta pelos doutrinadores e juristas incumbidos da formulação do novo código, os quais visavam a celeridade, a efetividade e a praticidade no trato com o processo.

Pode-se, neste passo, ter até 3 (três) audiências no processo: a audiência de conciliação e mediação do art. 334 do NCPC, a audiência de saneamento do § 3º do art. 357 do NCPC e a audiência de instrução e julgamento do art. 358 do NCPC.

O § 4º prossegue dizendo que se for o caso de se designar uma audiência nesta fase processual e se for determinada a produção de prova testemunhal, as partes terão o prazo comum de até 15 (quinze) dias para juntar o rol de testemunhas. O § 5º versa sobre o número de testemunhas cabíveis, não podendo ser superior a 10 e de no máximo 3 para cada fato. Percebe-se, sem muita dificuldade, o quão prolongado ficará o processo civil atual se seguido à risca.

O parágrafo subsequente diz que o juiz poderá limitar o número de testemunhas, o que já estava contido no poder geral de cautela do magistrado. Neste ponto não há novidade.

O § 8º diz que deve-se oberver a sistemática atinente à prova pericial se a mesma for ordenada, indicando desde logo o momento de realização da mesma. Também aqui não há grandes problemas, eis que o mesmo já era feito na audiência de instrução e julgamento sob a égide do diploma revogado.

E, por fim, estipula o § 9º do art. 357 do NCPC uma regra de ordenação, organização, quando da marcação das audiências na fase de saneamento, que é o fato de as pautas serem preparadas com o intervalo mínimo de 1 (uma) hora entre as audiências.

Esta é a nova sistemática atinente à fase de saneamento no Novo Código de Processo Civil, a qual tem ônus e bônus que devem ser estudados para o melhor manejo no dia-a-dia.

3. ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

Após a digressão anteriormente feita pode-se elencar 3(três) aspectos positivos e 2 (dois) aspectos negativos que advieram com a evolução legislativa que ab-rogou o CPC/73. Far-se-á uma exposição suscinta, pois os aspectos já foram tratados previamente.

O primeiro aspecto positivo a ser dito é a possibilidade de julgamento antecipado parcial do mérito. Este consubstancia uma etapa do julgamento conforme o estado do processo, quando um ou mais dos pedidos mostrar-se incontroverso ou parcela destes, ou quando um mais pedidos ou parcela destes estiver em condições de imediato julgamento cf. art. 355 do NCPC.

Entretanto, o grande avanço não é a mera possibilidade de se julgar antecipadamente e fracionadamente o mérito, mas sim a conjugação deste julgamento com a oportunidade de liquidar e executar a obrigação reconhecida na referida decisão. Ganha-se tempo e satisfaz-se desde logo a parcela obrigacional incontroversa.

O segundo ponto positivo é a distribuiçãodo ônus da prova. Após análise do ônus da prova estático e sendo o caso de distribuí-lo entre as partes em função das especificidades da causa e das partes, procede-se a esta no decorrer do procedimento e não mais quando da etapa julgadora. Proporciona-se assim, o respeito ao contraditório, à ampla defesa e ao princípio da não-surpresa expresso no art. 9º do NCPC.

O terceiro e último ponto benéfico é a delimitação da matéria jurídica ou de direito quando do saneamento propriamente dito. Trata-se da organização e explicitação da matéria a ser tratada no decorrer do processo a qual norteará as discussões probatórias e o provimento jurisidicional.

A estabilidade da decisão prolatada nesta fase do procedimento é o primeiro aspecto negativo a ser abordado. Não se quer dizer que é ruim ter uma decisão estável, pelo contrário, a estabilidade das decisões jurisdicionais concretiza o princípio da segurança jurídica que é um dos pilares da Ciência do Direito. O que se diz maléfico é a incerteza, a dúvida, a insegurança, quanto à aplicação do dispositivo que a cita, eis que está em relação de aparente conflitualidade com as regras atinentes à apelação. A conflitualidade é apenas aparente, conforme se expôs acima. Não há choque de normas, desde que se interprete da forma sugestionada.

Por fim, resta dissertar sobre o surgimento de uma nova audiência no curso do procedimento. Trata-se da audiência especial de saneamento, que como já visto, em princípio não vem para somar, mas sim para prejudicar a celeridade e a efetividade processual, eis que se proporciona aos juízes, se entederem que a matéria de fato ou de direito é dotada de complexidade justificadora, a designação desta audiência para auxiliar no saneamento do processo.

Trata-se de um retrocesso que deveria ser evitado, eis que possibilita-se o prolongamento demasiado da relação jurídica processual.

CONCLUSÃO

A conclusão a que se chega não poderia ser outra, senão a de que vieram à tona aspectos positivos e negativos com a entrada em vigor do novo código no que se refere à fase de saneamento do processo.

Se observa que em muitos momentos se repetiu disposições normativas do CPC/73, como não poderia deixar de ser, mas também se vê importantes inovações capazes de elucidar muitos problemas doutrinário-jurisprudenciais, tais como o do momento da distribuição do ônus da prova.

A produção legislativa no Brasil, conforme dito pelo ilustre processualista juslaboral Wagner Giglio, é confusa, difusa e profusa. No entanto, nem todas as leis advindas do exercício do poder legiferante detêm estas caracterísiticas e o NCPC é uma delas. Tem suas imperfeições como todos os códigos hão de ter, mas possui disposições muito elucidativas que claream a mente dos operadores do Direitoque lidam com a Ciência Processual.

Há uma essência que não se perdeu, qual seja a de sanear, organizar, extirpar defeitos, melhorar o curso processual, adequá-lo às especificidades da causa, para o bom transcorrer do procedimento jurisdicional.

As providências preliminares continuam sendo tomadas, o julgamento conforme o estado do processo tambémse faz presente, o qual pode ser julgado total ou parcialmente, há audiência para casos de complexidade fática ou jurídica, pode-se distribuir o *onus probandi*, quiça até invertê-lo se for o caso, e isso tudo para deixar o processo no estado em que deve estar para prosseguir.

Proporciona-se, portanto, o adequado dimensionamento da *res iudicium deducta*, para que produção de provas e a decisão jurisdicional sejam feitas da melhor maneira possível.

Como diria o ilustre processualista paulista, o juiz de ofício ou porque provocado para tanto determina ao autor, ao próprio réu ou, até mesmo a terceiros que intervenham no processo por ocasião das respostas do réu, que tomem as providências cabíveis para que eventuais vícios, ou irregularidades no processo sejam extirpados deixando-o incólume para viabilizar, como devido desde a Constituição, uma hígida atuação do Estado-Juiz.[5]

É esta a finalidade do saneamento do processo e é esta mensagem que o NCPC, apesar das idiossincrasias existentes, deixou ao mundo do Direito.

---

5. BUENO,SCARPINELLA CÁSSIO. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Vol. II. Editora Saraiva. Pág. 238.

REFERÊNCIAS

GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense. 2.013.

JR, Fredie Didier. Curso de Direito Processual Civil. Vol. I Bahia: Jus Podivm. 2.014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. O Novo Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense. 2.002.

BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Vol. II. São Paulo: Saraiva. 2.010.

O VALOR DA CAUSA NOS JUIZADOS ESPECIAIS: UMA ANÁLISE PRÁTICA FORENSE DO ARTIGO 292, II DO CPC, EM BUSCA DA SOLUÇÃO EFETIVA DO CONFLITO

Frederico Fernandes dos Santos

INTRODUÇÃO

O valor da causa, que sempre foi de suma importância para o processo, ganhou ainda mais destaque no Código de Processo Civil atual, definindo valores como o de multas processuais, custas e do montante da condenação em honorários, devendo ser atribuído, mesmo que não haja, em princípio, conteúdo econômico aferível para a lide.

Nos Juizados Especiais, principalmente, o valor da causa tem sido objeto de discórdia, quando sob a interpretação dos magistrados - o art. 292, II do Código de Processo Civil - tendo como consequência, a extinção do processo sem resolução do mérito e a persistência do conflito. Este é o tema que será abordado no presente artigo.

Para tanto, faz-se necessária uma indagação: É possível, na imputação do valor da causa, destacar o conteúdo econômico, apenas da parte objeto de discordância, em detrimento

do valor total do ato jurídico que se busca rescindir, resilir, resolver, modificar, cumprir, validar ou declarar a existência?

A reposta a esta pergunta foi obtida por meio de pesquisa metodológica de caráter exploratório, o que possibilitou o levantamento das informações necessárias para uma maior familiarização do pesquisador com a temática estudada. E assim, desenvolvida pesquisa bibliográfica com doutrina e jurisprudência, o que permitiu fundamentar o trabalho com material confiável.

A fim de apresentar de forma didática a questão, o estudo foi dividido em três eixos principais.

O primeiro tratou do valor da causa e dos seus aspectos relevantes para o processo.

O segundo apresentou o conceito de proveito econômico e destacou os pontos que precisam de maior cautela, quando da invocação do art. 292, II do CPC, na definição do valor da causa.

O terceiro e último apresentou um caso concreto, com base em sentença, e demonstrou a necessidade, pelo julgador, em dar atenção à vontade das partes e aos fatos por elas apresentados, a fim de se obter uma solução célere, justa e efetiva para o processo.

A pesquisa almejou contribuir com o debate científico, sendo uma fonte de consulta para estudiosos e interessados no assunto, sem, contudo, ter a pretensão de esgotar o tema, que é deveras complexo para o seu pleno aprofundamento em um simples artigo.

1. DISCUSSÕES

O Código de Processo Civil tratou do valor da causa nos artigos 291, 292 e 293. Este valor é de suma importância para definir o montante das custas judiciais, multas processuais, competência dos Juizados Especiais, além da condenação em

honorários advocatícios - inclusive nas sentenças de improcedência ou sem resolução de mérito (art. 85, § 6º, CPC).

O valor da causa também é requisito da petição inicial (art. 319, V, CPC), podendo ser corrigido de ofício pelo juiz (art. 292, § 3º, CPC) ou impugnado pelo réu em contestação, sob pena de preclusão (art. 293, CPC).

A toda causa deve ser atribuído valor certo, mesmo que não tenha conteúdo econômico aferível, em princípio (art. 291, CPC). É o caso das ações indenizatórias por dano moral, por exemplo, em que o valor pretendido será indicado como valor da ação. Aqui, a ofensa ao direito da personalidade do sujeito, como algo particular, variável e em essência não patrimonial, deverá ter a sua violação transformada e quantificada de forma a ganhar um valor numérico, a fim de representar o tamanho da ofensa sofrida pelo sujeito na ação proposta.

Em outras demandas, o valor da ação é facilmente observado, como nas de cobrança, em que se faz necessário, somente, a soma monetariamente corrigida do valor principal, dos juros de mora vencidos e outras penalidades, se houver (art. 292, I, CPC).

Contudo, uma das formas mais polêmicas de arbitragem do valor da ação, em especial nos Juizados Especiais, é a contida na parte final do art. 292, II do CPC, que assim preceitua: "na ação que tiver por objeto a existência, a validade, o cumprimento, a modificação, a resolução, a resilição ou a rescisão de ato jurídico, o valor do ato ou o de sua parte controvertida".

Os incisos do art. 292 estabeleceram critérios, a serem observados pelos aplicadores do direito, para quantificar o valor da causa, segundo as diversas naturezas das pretensões, e conforme o modo de formular o pedido em cada caso, levando-se em conta a multiplicidade dos fatores envolvidos na formação dos conflitos, como bem explica o professor Luiz Prissé Duarte Júnior, em relação ao inciso II:

> Refere-se a ações que tenham por objeto do pedido mediato um ato jurídico (conceito mais amplo do que o de negócio jurídico, termo empregado, para fim correlato a este, no inciso V do art. 259 do CPC/1973); nessas hipóteses, o pedido imediato será a obtenção de sentença declaratória ou condenatória que proveja, quanto a determinado ato jurídico, um dos substantivos abstratos alinhados na testilha deste tópico II: validade, cumprimento, modificação, resolução, resilição ou rescisão. Quanto a cada qual dessas hipóteses categoriais, o valor da causa será correspondente ao do ato, seja por inteiro, se a pretensão compreender todo o conteúdo patrimonial da relação discutida, seja sobre a parte dessa relação sobre que recaia a controvérsia.
>
> Note-se, a propósito, o cuidado do legislador em explicitar todas as referidas categorias, ao ponto de distinguir entre resolução, resilição e rescisão – com a nota de que essa distinção é sempre dificultosa, porque divergem largamente os doutrinadores, e o legislador civil não releva nenhum rigor metodológico no emprego que deles faz nos textos normativos pertinentes (DUARTE JÚNIOR, 2015).[1]

Sendo assim, o valor do ato jurídico, ou mais comumente - do contrato, deve ser o considerado para a causa, a não ser que exista, dentro do contrato, ou do ato jurídico em discussão, ponto específico que seja objeto de controvérsia. Nessas ocasiões, podendo esta parte ser quantificada e destacada, ela será discutida em seu valor apartado, que será o imputado a causa.

Não obstante estar claro na norma a possibilidade de apartar-se uma célula defeituosa/problemática (do todo contratado) e discuti-la em separado, pois somente esta é objeto de

desavença em todo o organismo (contrato), sendo esta parte, apenas, o valor atribuído para a ação. Na prática, em diversas oportunidades, isto não vem ocorrendo, atribuindo-se à ação o valor total do ato ou contrato, sob o argumento de que o proveito econômico que se está obtendo é o valor global, em uma leitura engessada do art. 292, § 3º do CPC, pelos magistrados, quando não individualizam a lide e o seu objeto.

Aliás, esta era a leitura feita da norma anterior (art. 259, V do CPC/1973), que com o passar dos anos passou a não ser mais o entendimento da doutrina e da jurisprudência, ainda sob a égide do instituto processual antigo, e não o é sob o manto do atual Código de Processo Civil. Já que este consagrou entendimento doutrinário e jurisprudencial de que: se o litígio não disser respeito ao ato como um todo, mas apenas a uma parte dele (p. ex.: declaração de nulidade de apenas uma cláusula contratual), o valor da causa deverá levar em consideração apenas a parte controvertida. Não fosse esta a intenção do legislador, não haveria motivos para se acrescentar "ou o de sua parte controvertida" ao fim do inciso do novo diploma legal.

É como ensina Daniel Assunção Neves:

> A possibilidade de valor da causa em quantia inferior ao valor do ato, quando o objeto da demanda não corresponder à sua integralidade, é novidade do Novo Código de Processo Civil que vem ao encontro da jurisprudência formada sob a égide do CPC/1973, mesmo sem previsão expressa nesse sentido (NEVES, 2016)[2].

A jurisprudência, na vigência do CPC/73, influenciou a complementação da norma, como escrita atualmente, e é o entendimento que deve ser feito sobre o assunto, como outrora já foi decidido pelo o Plenário do STF:

> FIXAÇÃO DO VALOR DA CAUSA: DISCUSSÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS E BENEFÍCIO ECONÔMICO. Não incide o art. 259, V, do CPC ("Art. 259. O valor da causa constará sempre da petição inicial e será: ... V - quando o litígio tiver por objeto a existência, validade, cumprimento, modificação ou rescisão de negócio jurídico, o valor do contrato") quando se discute, na ação principal, apenas algumas cláusulas contratuais. Ao reafirmar essa jurisprudência, o Plenário, por maioria, negou provimento a agravos regimentais em impugnação ao valor da causa interpostos, pela União e pelo Estado do Rio de Janeiro, de decisão da Min. Cármen Lúcia, em ação cível originária da qual relatora. Os agravantes questionavam o valor da causa fixado pela Relatora em R$ 85.921.597,23. A decisão fora pautada no benefício econômico pretendido pelo Estado do Rio de Janeiro ao ajuizar ação cautelar para suspender bloqueio em suas contas. Na espécie, a União insurgira-se contra o valor simbólico de R$ 1.000,00 atribuído pelo Estado do Rio de Janeiro, ao argumento de que o montante correto deveria corresponder à soma dos contratos envolvidos (R$ 19.462.464.409,65). Entendeu-se que as partes limitaram-se a reiterar as razões já expostas, sem apontar justificativas jurídicas suficientes para alterar os fundamentos esposados na decisão agravada. Reiterou-se a desproporção entre a pretensão do Estado-autor, o valor decorrente das cláusulas por ele refutadas e o debatido na ação [...]. ((ACO 664) Tribunal Pleno-STF. Impugnação ao Valor da Causa-AgR/RJ, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 24.4.2012).

O que também já foi objeto de apreciação pelo STJ:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUGNAÇÃO DO VALOR DA CAUSA. CONTEÚDO ECONÔMICO DA DEMANDA. INAPLICABILIDADE DO ART. 259, V, DO CPC. O valor da causa deve ser fixado levando-se em conta o proveito econômico perseguido na demanda. (AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.253.347 - ES (2009/0132906-9) - STJ, j. 16.09.2010).

Não restam dúvidas de que a interpretação a ser feita sobre o dispositivo é a de que a fixação do valor da causa, quando se discutem apenas algumas cláusulas contratuais ou fatos que possam ser pleiteados em apartado do valor da integralidade do contrato (p. ex.: o valor da rescisão do negócio, quando ambas as partes estão de acordo com o seu fim – sendo, apenas, o *quantum* devido objeto de controvérsia), este é o valor do benefício econômico pretendido (proveito econômico), pois é o que as partes almejam com o processo.

O proveito econômico efetivo/pretendido com a ação, qualquer que seja a sua natureza (cautelar, constitutiva, condenatória, declaratória etc.), deve ser aferido com o exame objetivo do pedido formulado na inicial e da documentação respectiva. Ele nada mais é do que o conteúdo monetário objetivado pelo sujeito no processo. Sendo assim, poderá ser positivo ou negativo. O proveito econômico será positivo, quando o sujeito puder acrescer ao seu patrimônio o resultado da lide pretendido; e será negativo, quando aquele conteúdo patrimonial possível não tiver que ser mais despendido, com o resultado esperado do processo.

E é nesse aspecto que algumas decisões proferidas nos Juizados Especiais, ao que parece de forma pronta e sem levar em consideração todos os aspectos da lide proposta, pecam pela falta de critérios. Ou ainda, no anseio por dar fim aos proces-

sos, os demasiadamente sobrecarregados magistrados, preferem tirar de suas mesas, lides que poderiam ser ali terminadas, utilizando uma interpretação restritiva do artigo, de forma a "exterminar" processos. Todavia, acabam apenas transferindo para as Varas Comuns a tarefa de por um fim definitivo a lide e ao problema do jurisdicionado, o que deveria ser o principal objetivo a ser almejado com a conclusão do processo.

Nesse sentido, são equivocadas as decisões que afirmam ser o valor da causa o correspondente ao montante total do ato ou contrato, sob o pretexto de que este será o proveito econômico adquirido com o processo, sem levar em consideração os aspectos peculiares da lide, como por exemplo: a vontade das partes. Pois, esta vontade possui grande relevância nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais. Sendo ela capaz, inclusive, de levar à renúncia ou à composição das partes em patamares superiores ao teto atribuído ao procedimento (40 salários mínimos).

É o que diz o art. 3º, § 3º da Lei n.º 9.099/1995, que concede à parte a opção de renunciar ao crédito excedente do limite estabelecido no inciso I, de 40 salários mínimos ou de conciliar em valores superiores, assim dispondo:

> A opção pelo procedimento previsto nesta Lei importá em renúncia ao crédito excedente ao limite estabelecido neste artigo, excetuada a hipótese de conciliação.

Ora, se a parte pode renunciar ao proveito econômico real, superior ao limite de alçada dos Juizados Especiais, e abrir mão de seu crédito excedente para demandar em tal juízo, ou ainda, as partes podem conciliar e firmar acordo em montante superior ao teto dos Juizados, tudo levando em consideração a sua vontade e o fim do litígio de forma mais célere. Por que

haveria de ser tão rígida a interpretação, por parte de magistrados e Turmas Recursais, acerca da competência em relação ao valor da causa? Oportunidade em que se alega incompetência absoluta – com a resolução do processo sem julgamento de mérito, e se transfere para a Vara Comum tais ações, elevando o tempo de espera do jurisdicionado. É claro que nem sempre haverá acordo em relação aos valores em discussão, mas isto não implica em dizer que não será possível o prosseguimento do feito nos Juizados Especiais. É preciso analisar cada situação real levada à justiça especializada para se chegar a uma conclusão/decisão acertada, pois, por óbvio, não são todos os processos que poderão ali tramitar, por isso o limite legal.

Dificultar o acesso aos Juizados Especiais Cíveis não foi a intenção do legislador, quando criou todo um sistema de menor complexidade (Lei n.º 9.099/1995), e não é como o Novo Código de Processo Civil - em seu art. 292, II, buscou tratar o tema. Sendo que, procurou não deixar dúvidas e abriu expressamente o sistema para mais possibilidades – "o valor da parte controvertida", como doutrina e jurisprudência já vinham fazendo, mesmo sem permissivo legal pretérito expresso que autorizasse.

O Enunciado 54 do FONAJE, em dado momento, também foi essencial para quebrar tal rigidez interpretativa e demonstrar que o sistema dos Juizados Especiais deve ser enxergado sem complexidade, quando afirmou: "A menor complexidade da causa para a fixação da competência é aferida pelo objeto da prova e não em face do direito material".

Nesse diapasão, é bastante didática a sentença proferida pela 2ª Seção do TRF-4 (lembrando que nos Juizados Especiais Federais a competência em razão do valor da causa – 60 salários mínimos – é absoluta, não podendo haver renúncia do montante superior – art. 3º caput e § 3º da Lei n.º 10.259/2001), em que, além demonstrar que existe confusão

de alguns juízos na fixação de sua competência – quando envolve o valor da causa na parte final do art. 292, II do CPC, também ratifica, que no caso concreto, é importantíssimo o magistrado analisar a situação real que lhe é apresentada, para que a justiça seja estabelecida de forma célere e o conflito chegue ao fim para o jurisdicionado:

> Trata-se de conflito negativo de competência, suscitado pelo Juízo A da 3ª Turma Recursal de Santa Catarina em face do Juízo Federal da 2ª Vara Federal de Joinville/SC (Vara comum), em ação revisional de contrato de financiamento [...]. Distribuído o feito originalmente ao Juízo Federal da 2ª Vara Federal de Joinville/SC, este declarou-se incompetente, ao fundamento de que o valor da causa é inferior a 60 (sessenta) salários mínimos e não se inclui em quaisquer das hipóteses que excetuam a competência do Juizado Especial Federal, nos termos da Lei n.º 10.259/01. Remetidos os autos ao Juízo Federal da 6ª Vara Federal de Joinville/SC, este, após regular processamento do feito, proferiu sentença de parcial procedência. Em fase recursal, o Juízo A da 3ª Turma Recursal de Santa Catarina suscitou conflito de competência, ao argumento de que a ação veicula pedido de revisão de contrato de financiamento, cujo valor excede o limite de 60 (sessenta) salários mínimos – R$ 151.908,60 (cento e cinqüenta e um mil, novecentos e oito reais e sessenta centavos) -, montante a ser considerado para fins de fixação da competência. O Ministério Público Federal manifestou-se opinando pela competência do Juízo suscitante. É o relatório. Decido. [...]. No caso concreto, os pedidos formulados na

> inicial cingem-se: a: h) A descapitalização dos juros no presente contrato [...] no valor de R$ 127.764,30 [...], ou seja, a redução de R$ 24.144,30 [...] no total do contrato. i) A repetição do indébito [...], que perfaz a cobrança indevida de R$ 2.703,60 (dois mil, seiscentos e três reais e sessenta centavos). O autor pretende obter, via judicial, a revisão de algumas cláusulas do contrato de financiamento [...], tendo atribuído à causa, inicialmente, o valor de R$ 24.144,30 [...] correspondente ao que é reclamado. Com efeito, o conteúdo econômico da demanda corresponde ao montante da restituição pleiteada, uma vez que os pedidos formulados na inicial não abarcam a integralidade do ajuste, mas somente o excesso cobrado pela instituição financeira a título de juros e encargos financeiros (IOF). (TRF-4 – CC: 50056708620174040000005005670-86.2017.404.0000, Relator: VIVIAN SOSETE PANTALEÃO CAMINHA, Data de Julgamento: 04/04/2017, Segunda Seção).

Desta forma, no caso acima, foi corretamente fixado como competente o Juízo A da 3ª Turma Recursal de Santa Catarina para apreciar o recurso, posto que, o valor atribuído a causa deve ser o proveito econômico efetivamente almejado pela parte, que não era o valor do contrato de R$ 127.764,30, mas somente a restituição dos valores pagos a título de encargos contratuais e financeiros, que não superavam o limite de 60 salários mínimos.

A *contrario sensu*, decisões que não contemplam os fatos apresentados pelas partes, antes de sua prolação, não devem prevalecer, devendo ser corrigidas (por não serem consideradas fundamentadas – art. 489, § 1º, III e IV), a fim de que a lide continue tramitando nas Varas Especializadas dos Juizados Cíveis, como se analisa a seguir:

Trata-se de reclamação cível [...], sob alegação, em síntese, de que adquiriu junto aos requeridos um imóvel residencial em condomínio particular, mas, por dificuldades financeiras, não pôde permanecer adimplente e solicitou o distrato, ocasião em que foi-lhe oferecida proposta que não lhe agradou. Requereu a rescisão do contrato e a devolução dos valores pagos, descontados em 10%.

Diante dos fatos acima narrados, há necessidade de ponderação a respeito do valor da causa.

Explico.

Em obediência aos princípios norteadores dos Juizados Especiais, foi editado o Enunciado n. 39 do FONAJE, cuja disposição é a seguinte:

ENUNCIADO n. 39 – Em obediência ao art. 2º da Lei 9.099/1995, o valor da causa corresponderá à pretensão econômica objeto do pedido.

No presente caso, o requerente atribuiu ao valor da causa apenas a quantia requerida a título de ressarcimento pelos valores até a presente data despendidos com a compra do imóvel pugnado, inclusive, pela renúncia de quaisquer valores que ultrapassem o teto de 40 salários mínimos.

Contudo, ao pretender a rescisão contratual, quer o requerente ver-se livrado de dívida contraída que, indubitavelmente, extrapola o valor limite para processamento nos Juizados Especiais. Assim, passa a ter como proveito econômico o valor do contrato.

[...]

Evidente, portanto, a incompetência deste microssistema para o processamento e julgamento da presente demanda.

> Ante o exposto, pelas razões acima, JULGO EXTINTO O PROCESSO sem resolução do mérito [...]. (TJAP – 2ª Vara do Juizado Especial Cível-Centro, Processo nº: 0029134-55.2016.8.03.0001, Data de Julgamento: 08/08/2016).

Este é um clássico caso de interpretação equivocada do dispositivo legal (art. 292, II, do CPC – parte final), seja por negligência na análise fática, seja pela vontade maior de dar fim a "mais um processo" e engordar "falsamente" as estatísticas judiciais. Digo, "falsamente", por que o litígio somente migrará da Vara Especializada, para a Comum, mesmo que, estatisticamente, a Vara Especializada demonstre para órgãos de fiscalização, como o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que pôs fim a este litígio. Este é um dado estatístico falso, como dito, pois o problema das partes não foi solucionado: pôr fim ao processo não quer dizer que se pôs fim ao litígio – aqui está um exemplo claro disso.

Os contratos imobiliários, pela grande dificuldade econômica que atravessa o país, têm sido muito discutidos judicialmente e atingidos por esse tipo de decisão equivocada. Explico: Na sentença supra, ocorreu a compra de uma casa em montante superior ao valor de alçada dos Juizados Especiais. O autor não conseguiu continuar adimplindo as parcelas e contatou a ré, expressando a sua vontade em rescindir o contrato. A ré concordou, e então propôs a devolução dos valores pagos com determinado desconto. O autor não aceitou o valor do desconto proposto, acreditando ser muito alto. Pronto! Estava ali estabelecida a controvérsia. E qual seria? O montante adequado a ser restituído! Mas, e a rescisão do contrato? Ela já estava aceita pela ré, não era onde cingia a controvérsia do processo, não havendo que se falar em valor integral do contrato

como proveito econômico negativo, sendo que, este quesito não era objeto de disputa, pois já estava solucionado antes mesmo da demanda ser proposta ao Poder Judiciário.

Por todo o exposto, é que deve ser verificado, pelo magistrado, se o valor da controvérsia está dentro do limite estabelecido para os Juizados Especiais. E, somente então, caso o valor da controvérsia esteja acima deste valor limitador, é que deverá o magistrado declarar-se incompetente - devendo as partes proporem a ação na Vara Comum respectiva.

CONCLUSÃO

O valor da causa possui significativa importância para a lide, o que foi tratado com mais ênfase ainda no atual Código de Processo Civil (Lei Federal nº 13.105/2015). O magistrado, quando do julgamento da lide, deve dar importância para a norma, contudo, sem deixar de dedicar o tempo necessário para a análise dos fatos trazidos ao processo e a sua relevância para a causa - essenciais para uma solução justa do conflito.

A correta interpretação do art. 292, II do CPC - no âmbito dos Juizados Especiais, serve para ajudar o jurisdicionado, dando a ele mais opções para a solução do seu litígio, e assim deve ser interpretado o microssistema: ampliando o acesso e facilitando a vida do cidadão, com uma justiça célere na busca da solução do conflito.

Sendo assim, após uma detida análise dos fatos apresentados no caso concreto, e sendo possível haver o destacamento da parte objeto de discordância, para que se impute um valor à causa apenas deste conteúdo econômico aferido, deve-se prosseguir o feito nos Juizados Especiais, a fim de rescindir, resilir, resolver, modificar, cumprir, validar ou declarar a existência do ato jurídico em discussão.

Dificultar o acesso aos Juizados Especiais não foi a intenção do legislador, quando criou todo um sistema de menor complexidade (Lei n.º 9.099/1995), e não é como o Novo Código de Processo Civil - em seu art. 292, II, buscou tratar o tema. Sendo que, procurou não deixar dúvidas e abriu expressamente o sistema para mais possibilidades – "o valor da parte controvertida", como doutrina e jurisprudência já vinham fazendo, mesmo sem permissivo legal pretérito que autorizasse.

Entretanto, algumas decisões proferidas nos Juizados Especiais, ao que parece de forma pronta e sem levar em consideração todos os aspectos de cada lide proposta, pecam pela falta de critérios. Ou ainda, no anseio por dar fim aos processos, os demasiadamente sobrecarregados magistrados, preferem tirar de suas mesas, lides que poderiam ser ali efetivamente terminadas - sem deixar de transferir para a Vara Comum esta tarefa. Pois, uma lide extinta sem resolução de mérito nos Juizados Especiais, pode até contar estatisticamente como menos um processo. Todavia, o conflito não deixou de existir, e terá que ser solucionado por alguém. Provavelmente, pelo Juízo da Vara Comum ou pelo respectivo Tribunal.

Pode parecer, em um primeiro momento, ou para aquele primeiro magistrado, que o processo teve fim, mas a lide continuou a assoberbar o Poder Judiciário, bem como não acabou com a aflição do jurisdicionado, que deve ser o principal objetivo almejado com o desfecho do processo. Uma análise mais dedicada dos fatos, em detrimento de uma leitura fria da norma, certamente ajudará o magistrado a alcançar este objetivo, o que será bom para todos.

NOTAS

[1]Ordem dos Advogados do Brasil – Paraná. Código de Processo Civil – Anotado. Paraná: 2015, p. 487.

[2]Daniel Assunção Neves. Manual de Direito Processual Civil. JusPodivm, 2016, p. 531).

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **Enunciados do FONAJE**. Disponível em: < http://www.amb.com.br/fonaje/?p=32 > . Acesso em: 30/05/2017.

BRASIL. **Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm > . Acesso em: 23/05/2017.

_____. **Lei Federal nº 10.259, de 12 de julho de 2001**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm > . Acesso em: 28/05/2017.

_____.**Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm > . Acesso em: 29/05/2017.

Câmara, Alexandre Freitas.**Lições de direito processual civil** - 20.ed. - Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010.

Cunha, Maurício Ferreira.**Juizados Especiais Cíveis e Criminais**- Leis Especiais para Concursos - V.7 - ed.: Rev., amp. e atualizada. -7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

Didier Jr., Fredie.**Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento – v.1. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

Gonçalves, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**; coordenador Pedro Lenza. -6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Neves, Daniel Amorim Assunção. **Manual de Direito Processual Civil** – Volume único – 8. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – PARANÁ. **Código de Processo Civil** – Anotado. Paraná: AASP, 2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.253.347 - ES** (2009/0132906-9) - STJ, Data de Julgamento: 16.09.2010. Disponível em: < http://www.stj.jus.br > . Acesso em: 28/05/2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **(ACO 664) Tribunal Pleno. Impugnação ao Valor da Causa-AgR/RJ**, rel. Min. Cármen Lúcia, Data de Julgamento: 24.4.2012. Disponível em: < http://www.stf.jus.br > . Acesso em: 28/05/2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAPÁ. **2ª Vara do Juizado Especial Cível-Centro, Processo nº: 0029134-55.2016.8.03.0001**, Data de Julgamento: 08/08/2016. Disponível em: < http://www.tjap.jus.br > . Acesso em: 29/05/2017.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. **CC: 50056708620174040000005005670-86.2017.404.0000**, Relator: VIVIAN SOSETE PANTALEÃO CAMINHA, Data de Julgamento: 04/04/2017, Segunda Seção. Disponível em: < http://www.trf4.jus.br > . Acesso em: 28/05/2017.

A CONCILIAÇÃO NOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS DECORRENTES DE INCAPACIDADE: ASPECTOS DO SISTEMA IMPLANTADO NA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE JUIZ DE FORA/MG

Geovana Faza da Silveira Fernandes[6]

INTRODUÇÃO

A expressão "crise da Justiça" nunca esteve tão em evidência. As consequências decorrentes da sobrecarga de processos, burocratização dos procedimentos, inefetividade, elevado grau de litigiosidade e de custo são velhas conhecidas daqueles que trafegam pelos corredores do Judiciário, demandando já há algum tempo atenção por parte dos que se preocupam com a promoção de uma Justiça célere e eficaz.

Mas há um elemento novo que vem ampliando ainda mais as distorções existentes. A crise econômica e política

---

6. Geovana Faza da Silveira Fernandes, bacharel em Direito (UFJF), especialista em Direito Público (PUC/Minas), mestranda em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP), servidora pública federal, Diretora da Central de Conciliação e da Coordenação do Juizado Especial Federal da Subseção Judiciária de Juiz de Fora/MG, instrutora de conciliação pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Conselho da Justiça Federal.

sentida pelos brasileiros, principalmente pelos mais pobres, é talvez o vetor que atualmente mais ressoa no Judiciário, em especial no âmbito dos Juizados Especiais Federais, causando impacto direto no número de ações previdenciárias, notadamente as que envolvem benefícios por incapacidade.

É notório que o volume de ações desse tipo vem crescendo, tornando imperiosa a adoção de estratégias para agilizar o trâmite desses feitos e levar à efetiva solução dos conflitos.

Na busca por melhorias e racionalização do procedimento no microssitema do Juizado, os métodos autocompositivos ganham relevância como forma de abreviar o andamento dos feitos previdenciários, auxiliando na redução do acervo, e contribuindo para a solução efetiva das controvérsias e satisfação dos segurados.

O propósito aqui é abordar a conciliação em relação dos benefícios previdenciários de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença, analisando as benesses dos processos autocompositivos e os entraves com os quais o Judiciário tem se deparado para concretizar a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado aos conflitos, inaugurada pela Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, e reforçada normativamente pela Lei de Mediação e pelo Código de Processo Civil.

Pretende-se, também, apresentar o projeto de conciliação em andamento na Justiça Federal, Subseção de Juiz de Fora/MG, no intuito de conferir maior efetividade a essas demandas, como forma de demonstrar como práticas de concentração de atos, de diálogo interinstitucional e de inclusão efetiva do jurisdicionado no procedimento, por meio da decisão informada, contribuem para a resolução célere e eficaz nos processos nos quais se pleiteia a concessão de benefícios previdenciários decorrentes de incapacidade.

1. A POLÍTICA JUDICIÁRIA NACIONAL DE TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS E O ACESSO À JUSTIÇA

A Política Judiciária Nacional de Conciliação e Mediação, que teve como marco regulatório a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, passou a considerar os instrumentos de autocomposição como um dos principais meios para melhorar o desempenho e a funcionalidade da Justiça, contribuindo de forma eficaz para a solução dos conflitos, empoderamento das partes e o exercício efetivo da cidadania, que está ligado ao direito de acesso à Justiça e à oportunidade de participação dialógica na construção da solução da controvérsia.

A questão do acesso à Justiça, os problema relacionados a sua efetivação e a proposição de soluções para realizar formal e substancialmente esse direito social, conforme ensina Capelletti e Garth (1988), resultaram em três movimentos, denominados pelo Projeto Florença como onda renovatórias', que tiveram como questões centrais: 1ª) a assistência judiciária para aqueles que não tinham condições de arcar com os custos do processo; 2ª) a representação judicial dos interesses difusos e coletivos; e, 3ª) a construção de um novo modelo, com respostas diversificadas ante à complexidade das demandas e à realidade, tendo em conta a preocupação com a efetividade e a celeridade do processo (BRITO, 2013, p. 1). E é neste último aspecto que os métodos autocompositivos ganham relevância.

A adoção dos meios adequados de resolução dos conflitos, principalmente a partir da Resolução nº 125/2010, vem sendo estimulada. Todavia, a conscientização acerca da eficiência desses instrumentos na pacificação social depende das bases culturais da sociedade.

E o Brasil é um país culturalmente dependente de autoridade, o que fortalece a ideia de necessidade do Estado para a resolução dos dissensos. Tal aspecto cultural decorre de processos históricos e políticos seculares que desaguaram no desempoderamento dos cidadãos e na reafirmação de sua incapacidade de manejo dos próprios conflitos. A falta de autonomia foi marcadamente reforçada nas décadas de ditadura, e perdura até os tempos atuais como fruto de ausência de inclusão, da falta de concretização de direitos fundamentais básicos e de uma educação comprometida com a emancipação dos cidadãos.

A Carta Cidadã de 1988, com objetivo de correr atrás dos prejuízos causados pela falta de emancipação e de agravada desigualdade material reinante na sociedade, previu um extenso elenco de direitos sociais cuja concretização depende de atuação positiva do Estado. E como instrumento de efetividade desses direitos, foi inserido no seu texto o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (CF/88, art. 5º, XXXV).

Essa inafastabilidade, entretanto, não deve ser vista apenas como garantia fundamental ao processo e a uma sentença, mas sim à participação do cidadão na resolução de suas próprias demandas, sem que esse direito seja ligado, de forma umbilical, à garantia a um provimento adjuticatório, ou seja, a uma sentença proferida pelo Juiz sem a participação direta das partes[7]. O mero acesso à Justiça não significa efetividade e a sentença nem sempre conduz à pacificação social, fim da própria jurisdição.

---

7. Segundo Bruno Takahashi e Paulo Afonso Vaz, "no modelo tradicional de solução de conflitos empregado pelo Poder Judiciário, as partes encontram-se em um verdadeiro duelo, uma vez que predispostas em lados antagônicos no processo judicial, acirrando o preexistente estado de tensão em que um ganha e o outro perde, quando ambos não perdem. Na autocomposição, inverte-se essa lógica, pois o que se tem é o chamado "ganha-ganha": ambas as partes saem vencedoras". (p. 2) (VAZ, Paulo Afonso Brum; TAKAHASHI, Bruno**. Barreiras da conciliação na seguridade social e a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos**. Revista de Doutrina da 4ª Região**,** Porto Alegre, n. 46, fev. 2012. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao046/vaz_takahashi.html> - Acesso em: 25 ago 2015).

A construção desse novo modelo de acesso à Justiça, já propugnado pela terceira onda de acesso descrita no Projeto Florença (CAPPELLETTI, 1988), está ligada à adoção de vias alternativas ao processo e é nessa perspectiva que se insere a revisitação da conciliação e da mediação e a edição da Resolução nº 125/2010 do CNJ. O Professor Kazuo Watanabe bem sintetizou os pontos dessa norma que merecem relevo[8]:

> a) atualização do conceito de acesso à justiça, não como mero acesso aos órgãos judiciários e aos processos contenciosos, e, sim, como **acesso à ordem jurídica justa** (destaque no original); b) direito de todos os jurisdicionados à solução dos conflitos de interesses pelos meios mais adequados à sua natureza e peculiaridade, inclusive com a utilização dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos, como a mediação e a conciliação; (...) e) disseminação da cultura de pacificação, com apoio do CNJ aos tribunais na organização dos serviços de tratamento adequados dos conflitos, e com busca de cooperação dos órgãos públicos (...).

O terreno cultural deve ser trabalhado de forma a torná-lo mais fértil e receptivo a esses modos de tratamento de conflitos e ao novo papel do Judiciário na pacificação dos litígios, considerando as relações subjacentes (lides social e psicológica) que permeiam cada conflito e atrapalham a pacificação social, estimulando a própria litigiosidade.

Desse modo, no meio da crise de transição do paradigma de um Estado Social, paternalista, para o modelo Democrático de Direito, transição essa vivenciada em um cenário de falta de realização efetiva dos direitos mais básicos dos ci-

8. WATANABE, Kazuo. *Apud* VAZ; TAKAHASHI. Op. Cit., p. 5.

dadãos, o Judiciário deve sair do seu histórico solipsismo e atuar não só de forma mais ativa, mas também deve estimular a adoção dos meios não-adversariais, consensuais, como forma de contribuir para a democratização da solução das demandas e empoderamento dos cidadãos.

Nesse ponto, ainda atualíssimas as palavras de Luiz Werneck Vianna e outros (1999, p.9) no tocante ao papel do Judiciário no descortinar do modelo de Estado Democrático de Direito:

> O Judiciário, antes um Poder periférico, encapsulado em uma lógica com pretensões autopoiéticas inacessíveis aos leigos, distante das preocupações da agenda pública e dos atores sociais, se mostra uma instituição central à democracia brasileira, quer no que se refere à sua expressão propriamente política, quer no que diz respeito à sua intervenção no âmbito social.

Assim, não só a postura dos magistrados deve ser revista, mas também da própria Administração Pública, permitindo que seus órgãos possam transigir em ações cujo objeto seja a fruição de direito fundamental social do cidadão ou da coletividade.

2. IDENTIFICAÇÃO DO PROBLEMA

Conforme pontuado, a crise da Justiça atingiu também os Juizados Especiais. Não raro as unidades jurisdicionais contam com acervos e estrutura que são empecilhos à concretização da tutela jurisdicional célere, eficiente e satisfatória.

Nesse cenário, o Judiciário tem estimulado a conciliação nos conflitos ligados à Seguridade Social. Com relação aos benefícios decorrentes de incapacidade, a questão torna-se mais urgente por tocar na questão da própria subsistência. Não obstante esse apoio do Judiciário para a adoção de práti-

cas conciliatórias, ainda há certa resistência por parte dos entes públicos e de suas representações em juízo em adotá-las.

Muitos advogados públicos se escoram nos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público como inviabilizadores da conciliação, não levando em conta os princípios da dignidade da pessoa humana, da economicidade e eficiência que também devem balizar a atividade do administrador.

Deveriam considerar que a conciliação, além de permitir a inserção do jurisdicionado no processo decisório, democratizando o processo, permite uma rápida resolução da lide, reverenciando o princípio da duração razoável do processo (CF/88, art. 5º, LXXVIII) e da eficiência, ao contribuir para uma resposta rápida ao cidadão.

Não se trata de ignorar o princípio da indisponibilidade do interesse público, mas de interpretá-lo por outro prisma: o de garantia dos direitos sociais dos cidadãos, porque esses sim são indisponíveis. A Administração tem o dever de reconhecer e satisfazer a pretensão de um cidadão, seja administrativa ou judicialmente, caso ele esteja amparado pelo Direito. Isso é observância ao princípio da legalidade ao qual está jungido o Poder Público.

Conforme leciona o Juiz Federal Emmerson Gazda (2010, p7):

> Quando o Estado-Administração deixa de agir objetivamente pautando sua conduta pelo acertamento geral das obrigações que o próprio Estado, na sua função Judiciária, já fixou como devidas, fere o princípio da moralidade administrativa e o subprincípio da probidade administrativa. Desrespeita, ainda, o princípio da confiança que estatui o poder-dever de o administrador zelar pela estabilidade decorrente de uma relação timbrada por uma autêntica fidúcia mútua, no plano institucional.

A postura da Administração de se negar a participar das conciliações ou então não propor acordos quando há fundamento razoável de procedência do pedido não se coaduna com os princípios da confiança, da moralidade, da eficiência e economicidade, da boa-fé e, ainda, com o próprio postulado da legalidade. Tal postura é ainda é mais censurável quando se verifica que cabe à Administração dar exemplo de conduta ética e moral, agindo com lealdade, principalmente no âmbito processual.

3. A CONCILIAÇÃO NO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL

Postas essas considerações acerca do poder-dever de a Administração Pública transigir quando vislumbrar fundamento razoável para a procedência do pedido, a questão ganha maior relevo quando em cheque direitos ligados à Seguridade Social e com relação às lides de competência dos Juizados Especiais Federais.

Ora, não se trata aqui de mero direito patrimonial dos segurados, mas de garantia à própria subsistência. São direitos dos cidadãos, guardados os requisitos legais, que o Estado não pode obstar nem retardar a concessão ao argumento de indisponibilidade do interesse público ou inviabilidade de transação pela Administração.

E diga-se que o Legislador pátrio não fechou os olhos a essa realidade. A lei que criou os Juizados Especiais Federais previu a possibilidade de os entes federais reconhecerem a probabilidade de procedência da ação e de proporem acordo como forma de encerramento do litígio. O art. 10 da lei 10.259/01 autoriza os representantes judiciais dos entes federais a proporem acordos nas causas de competência dos Juizados[9]. Houve,

9. Art. 10. As partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não. Parágrafo único. Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do caput, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais.

normativamente, quebra do paradigma histórico de que a Administração não poderia participar de conciliações.

3.1 A PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA E A CONCILIAÇÃO EM MATÉRIA DE SEGURIDADE SOCIAL

Desde a concepção do "Movimento pela Conciliação", lançado em 2006 pelo CNJ, houve considerável evolução e mudança de postura por parte de um dos maiores litigantes na Justiça Federal – o INSS. De uma postura de não propor acordo, passou a adotar políticas conciliatórias nas demandas dos segurados contra a Autarquia Previdenciária.

Não obstante, muito ainda tem que ser feito no campo das conciliações previdenciárias, não como forma de desafogar os Juizados Especiais Federais, que surgiram como a "menina dos olhos" e logo se tornaram abarrotados, incapazes de atender a uma prestação jurisdicional célere e eficiente, mas como meio de pacificação social dos conflitos e de garantia do mínimo que assiste aos segurados e assistidos pelo INSS.

A Procuradoria Federal Especializada – INSS, então, editou em 2009 o Manual de Conciliação, inserido no seu Projeto de Redução de Demandas Judiciais, prevendo a adesão do órgão de representação judicial do INSS à proposta do CNJ, "expedindo súmulas e orientações incentivando a conciliação judicial e ampliando a alçada das unidades locais para, independentemente de prévia análise dos órgãos superiores, propor e celebrar acordos"[10].

Nesse contexto, o INSS passou a propor acordos em processos previdenciários desde que a matéria fosse sumulada ou nas quais houvesse grande probabilidade de ser sucumbente, principalmente em relação aos benefícios por incapacidade, que oferecem maiores chances de acordo.

---

10. www.agu.gov.br/page/download/index/id/2939149.

Ressalte-se, porém, que atualmente essa postura conciliatória tem sido mitigada ao argumento de autonomia funcional dos procuradores, da não obrigatoriedade de transacionar e por receio dos órgãos controladores. Todavia, ainda assim, deve-se insistir em uma mudança de mentalidade.

A Advocacia Estatal deve atuar não somente com vistas à legalidade e pautada no receio de controle, mas compreendendo estar inserida em um contexto democrático e republicano, de proteção dos cidadãos contra práticas arbitrárias perpetradas pelo próprio Estado. E com base nessa realidade é que cabe à Administração rever seus atos, anulando-os quando verificada eventual ilegalidade, fazendo valer a autotutela.

A conciliação nessas lides ainda gera economia para o erário, ao possibilitar a redução dos custos do processo, do valor da condenação e das verbas acessórias.

4. PRÁTICA CONCILIATÓRIA NA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE JUIZ DE FORA

O Juizado Especial Federal da Subseção Judiciária de Juiz de Fora/MG tem procurado dar tratamento adequado às ações previdenciárias nas quais o autor pleiteia benefícios de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença, com vistas a conferir racionalidade na tramitação desses feitos e a atender com eficiência o segurado. Foi instituído um procedimento diferenciado para essas lides, no qual são previstos novos marcos temporais de andamento processual.

O procedimento usual (inicial – citação/contestação – prova pericial – manifestação das partes – sentença) não se mostrava o mais eficiente, permitindo atos processuais desnecessários no caminho para a sentença. Foi pensada, portanto, uma inversão da instrução processual, em comum acordo com a Gerência Exe-

cutiva do INSS e com a Procuradoria Federal Seccional, de tal modo que a perícia é agendada e realizada antes da citação do INSS, logo após o ajuizamento da demanda.

Após o resultado da perícia, o réu é citado e intimado do conteúdo do laudo, na mesma oportunidade. Sendo favorável, é agendada audiência de conciliação, não havendo discussão prévia acerca da qualidade de segurado.

Tal procedimento tem em vista os princípios informadores dos Juizados Especiais, quais sejam, a simplicidade, oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação. *Em suma:*

1) *As varas analisam a inicial. Estando em conformidade com o disposto nas leis processuais, os autos são remetidos à Central de Perícias para agendamento do exame, antes da citação. As perícias são agendadas de acordo com a disponibilidade dos peritos. As intimações do INSS são feitas por correio eletrônico e os autores por e-mail ou telefone.*

2) *Os laudos são entregues, em regra, no mesmo dia. A Central, junta os laudos, realiza e valida o pagamento dos honorários periciais, e devolve os processos para as varas realizarem a citação e intimação do INSS.*

3) *Nos processos com laudos médicos que concluem pela incapacidade do autor, o INSS, no prazo da resposta, apresenta proposta de acordo, desde que não haja óbice legal à concessão do benefício.*

4) *A Central de Conciliação, que na Subseção Judiciária de Juiz de Fora/MG funciona junto à Central de Perícias, agenda audiência nos processos nos quais há proposta de acordo do INSS. O INSS é intimado da pauta de audiências por e-mail.*

4.1. A PERTINÊNCIA DA MARCAÇÃO DE AUDIÊNCIAS EM PROCESSOS ENVOLVENDO PERÍCIAS MÉDICAS

Muito se questiona acerca da pertinência de marcação de audiência conciliatória nas ações de benefício por incapacidade, considerando que a proposta do INSS já se encontra nos autos e que só bastaria vista ao autor para dizer se concorda ou não e, em caso de concordância o juiz da causa homologaria o acordo.

Todavia, analisando os fundamentos da audiência de conciliação, bem como os objetivos da Seção de Métodos Consensuais de Resolução de Conflitos e Cidadania, de acordo com a Resolução nº 125/2010, a sistemática de adotar-se a audiência de conciliação nestes feitos tem em mira a satisfação do jurisdicionado, na medida em que lhe é aberta oportunidade de questionar e de ter suas dúvidas sobre a lide e o acordo esclarecidas.

Ademais, concentram-se na audiência outros atos que demandariam uma sequência de procedimentos para a sua concretização. Ou seja, o acordo proposto pelo INSS, se aceito, é homologado em audiência. Na ata constam a renúncia ao prazo recursal e a determinação para a expedição da requisição de pequeno valor (RPV). Terminada a audiência, os servidores da Central de Conciliação expedem a RPV e intimam as partes. Assim, em um só dia, o acordo é homologado, ocorre o trânsito em julgado e a parte já sai com sua RPV. A partir daí, é só aguardar o prazo constitucional para a liberação do valor.

Para o êxito dessa sistemática foram adotadas providências como: (i) padronização dos quesitos das perícias médicas, em um primeiro momento por meio de portaria conjunta do Juiz Coordenador do JEF, Gerência Executiva do INSS e Procurador Chefe do INSS e, após, com a adoção da Recomendação Conjunta nº01, de 15/12/2015 do CNJ/AGU/MPTS[11]; (ii) padronização

11. A Recomendação Conjunta 01/2015 dispõe sobre a adoção de procedimentos uniformes nas ações judiciais que envolvam a concessão de benefícios previdenciários de

da forma de intimação do INSS (correio eletrônico); (iii) determinação do percentual do acordo, que não pode ser inferior a 90% dos atrasados, apurados pela contadoria do INSS; (iv) a proposta e os cálculos devem ser apresentados no momento da sessão autocompositiva; (v) na hipótese de necessidade de esclarecimentos pelo perito judicial, o pedido é consignado em ata, o processo é, ato contínuo, remetido ao perito e, com a resposta, agendada nova audiência de conciliação.

Para que a adoção desse método de tratamento adequado do conflito seja exitosa são necessários ainda a cooperação e o diálogo constantes entre o Poder Judiciário e o INSS, "como forma de evitar que os acordos na matéria sejam mera supressão unilateral de direito com chancela judicial", como bem salientaram Vaz e Takahashi (2012, p.1).

Em matéria previdenciária, o INSS deve substituir a postura de maximização de ganhos, que costuma estar presente nas conciliações, pela busca da consecução de um direito fundamental do segurado e pela realização da legalidade, boa-fé e moralidade administrativa. Eventual deságio na proposta de acordo que supere 10% dos atrasados pode se mostrar desarrazoado e implicar em supressão unilateral de direito.

CONCLUSÕES

A sistemática de autocomposição nas lides previdenciárias referentes aos benefícios por incapacidade traduz-se em racionalidade na tramitação desses feitos, além de ser forma inteligente de defesa do INSS e de promoção da cidadania, ao viabilizar um caminho mais célere e eficaz de promoção de direitos ligados à seguridade social.

Ainda que as práticas adotadas na Subseção de Juiz de Fora/MG não alcancem a mesma celeridade de projetos implantados em outras Subseções, mormente nos âmbitos da 3ª e 4ª

---

aposentadoria por invalidez, auxílio-doença e auxílio-acidente e dá outras providências.

Regiões, nos quais há concentração dos atos de realização da perícia e audiência de conciliação num só dia, é a que melhor se adapta à realidade local, dando adequada resposta ao jurisdicionado em confronto ao andamento do feito sem a conciliação.

É certo que o sucesso da implantação da prática de conciliação nas ações previdenciárias depende do apoio e engajamento das Procuradorias Especializadas e da Gerência Executiva do INSS. É essencial a mudança da visão conservadora e a disposição de contribuir para as práticas conciliatórias.

Muito se evoluiu com relação à mudança de postura da Advocacia Pública, mas, nos últimos meses, a Justiça assiste a um retrocesso em alguns Estados: a atitude de não oferecimento de propostas de acordo seja por razões administrativas (falta de aparato administrativo adequado) seja por argumentos de condenações pessoais de procuradores pelo Tribunal de Contas da União. O fato é que essa situação não pode perdurar, sob pena de retorno quase à estaca zero, em um dispendioso retrocesso. Ademais, essa postura enseja tratamentos desiguais aos jurisdicionados que se encontram em situações equiparadas, a depender da competência para análise da demanda. Essa realidade solapa o princípio da isonomia no tratamento dos cidadãos.

A conciliação foi concebida com vistas à afirmação da cidadania, assegurando aos atores sociais a participação no processo de resolução do conflito e também sua rápida solução, principalmente quando vislumbrada probabilidade de sucumbência do INSS. Há, ainda, a redução do custo do processo, gerando economia para a Administração, tanto em razão do deságio quanto pela inexistência de sucumbência e diminuição dos juros.

A prática aqui exposta não inova em termos de empenho da Justiça Federal em fomentar a prática conciliatória, mas reforça o interesse e o esforço do Judiciário, mormente da Justiça Federal da Primeira Região, em adotar práticas de inserção dos

segurados a uma concepção ampla de acesso à Justiça e promoção da cidadania.

BIBLIOGRAFIA

BINENBOJM, Gustavo. **A constitucionalização do direito administrativo no Brasil**: um inventário de avanços e retrocessos. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, março/abril/maio, 2008. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp. Acesso em 15 de ago. 2015.

BRITO, Gilton Batista. **O acesso à justiça, a teoria da mediação e a Resolução 125/2010 do CNJ**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13542>. Acesso em 02 de set. 2015.

CAPPELLETTI, Mauro, e Bryant GARTH. *Acesso à Justiça.* Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

FIORENZA, Fábio Henrique Rodrigues de Moraes. Conciliação e administração pública. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2594, 8 ago. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/17131>. Acesso em: 28 ago. 2016.

GAZDA, Emmerson. **Administração Pública em Juízo:** poder-dever de transigir. Disponível em:http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao010/emmerson_gazda.htm. Acesso em 02 de set. 2016.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **Os Fundamentos da Justiça Conciliativa**. Disponível em: < http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/os-fundamentos-da-justica-conciliativa. Acesso em 28 de ago 2016.

VAZ, Paulo Afonso Brum; TAKAHASHI, Bruno. Barreiras da conciliação na seguridade social e a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos. In: **Revista de Doutrina da 4ª Região,** Porto Alegre, n. 46, fev. 2012. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao046/vaz_takahashi.html. Acesso em 25 ago 2016.

VIANA, Luiz Werneck; CARVALHO , Maria Alice Rezende de, et. Al.; *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.* Rio de Janeiro: Revan, 1999.

A VULNERABILIDADE DO TRABALHADOR FRENTE AO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

Igor Labre de Oliveira Barros
Vinicius Pinheiro Marques

INTRODUÇÃO

O trabalhador é a parte vulnerável de um suposto litígio processual trabalhista. Mas mesmo o labutador se caracterizando com desvantagens como parte, ele deverá cooperar para a solução do litígio e agir de boa-fé nos decorrer dos atos processuais. O princípio da boa-fé não se relativiza por causa da vulnerabilidade. No transcorrer das informações, almeja-se arrazoar que a cooperação é uma vereda para virtudes processuais, deste modo, cooperar não é constrangimento, mas um elemento de benefícios a todas as partes processuais.

A presente apreciação é analítica, portanto empregará doutrinas de processualistas do direito material e processual do trabalho, artigos científicos e legislações, disponíveis em tomos físicos e do mesmo modo digitais, conforme exposto nas referências e notas.

Para a abrangência dá matéria será determinado um panorama histórico sobre a vulnerabilidade do trabalhador, comboiado de julgados hodiernos que fomentam a temática para uma melhor captação das afinidades trabalhistas.

Posteriormente será revelada a sugestão de novos caminhos para o âmbito processual, que o código de processo civil de 2015 abarcou. Facultando assim esses caminhos para serem utilizados pelo processo do trabalho, esmiuçando as características da cooperação, notório como um apropriado caminho aos arrolamentos processuais trabalhistas.

Comboiando o pensamento se perpetrará a analogia entre o princípio da cooperação e seu aproveitamento no processo do trabalho, para evidenciar as benfeitorias processuais que tal princípio acomoda. Por fim, o esboço da densa relação entre a cooperação e a boa-fé objetiva, pilares que adjacentes beneficiam o processo do trabalho.

1. HISTÓRIA E VUNERABILIDADE DO TRABALHADOR

As relações trabalhistas em uma sociedade democrática e igualitária, que zela pelos seus direitos fundamentais, são de extrema importância. Algo visualizado na sociedade contemporânea brasileira, que em pouco tempo viveu um relevante êxodo rural[12], e massificação das populações urbanas, ocasionando um grande aumento das relações trabalhistas.

Tornou-se ao homem necessário a busca por um emprego formal, e sujeição a um empregador, algo que a cerca de 100 anos atrás no Brasil era incomum, devido à maioria laboral ser no meu rural e utilizava o trabalho para sustento próprio. Nos estudos sociológicos sobre as gerações, é distinguida uma árdua diferença entre as gerações populacionais em comparação ao trabalho, Bauman (2013, p. 53) afirma "A geração Y, pessoas nascidas após a década 80 do século passado, e que passaram por um período de intensos avanços tecnológicos,

12. Acompanhe os índices do êxodo rural em <http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/Exodo-rural-no-brasil.htm>. Acesso em 12 de abril de 2017.

tem provado cada vez mais ter diversas vantagens para se adequar ao **ambiente de trabalho".**

Essa atual proteção do trabalhador, que se consolidou com a Constituição Federal de 1988, se tornou novidade de forma intensa até para os aplicadores do direito trabalhista. Na Europa existe um contemporâneo e aprofundado estudo da ciência política, destacando o polonês Bauman (2003, p. 59) em sua obra *"Modernidade Liquida"*, em breve análise, expõe que "o ser humano é acostumado com comportamentos que vem de infância", assim, para muitos a gama de proteção trabalhista não fez ou não faz, parte de sua cultura inicial.

A modernidade gerou uma despersonalização, de forma que o trabalhador não tem contato intimo com o seu verdadeiro "chefe", observa-se em grandes empresas que os funcionários nem conhecem o titular do negócio só os prepostos. Isso gera um valor dado ao trabalhador não como agente de direitos, mas por causa do que pode oferecer ao negócio.

Na sociedade contemporânea muitas vezes os trabalhadores não são tratados de forma igualitária, isto pode ocorrer até mesmo nos julgados, observa-se uma conspiração de que, a indenização para componentes das classes econômicas baixas, deve ser distinta dos da classe econômica alta, devido à tese do enriquecimento ilícito,

> Em todas essas situações, e em muitas outras que se poderiam citar, o que se faz em realidade é afirmar a existência de um princípio jurídico, o da vedação do enriquecimento sem causa, que, na forma como é invocado, acaba por se confundir com a própria exigência de equidade e ou com o vetusto e generalíssimo preceito latino suum cuique tribuere, ou seja, dar a cada um o que é seu. (GALLO, 2003, p.410)

No âmbito cível são notórias estas distinções, o valor fundado para indenizações por danos morais é arbitrado pelos adequados julgadores, de acordo com o bom senso e conhecimento. Enfatiza-se determinados julgados para tal afirmação, a exemplo a apelação cível[13]nº0002711-32.2005.8.19.0055 do TJ\RJ, na relatoria do Des. Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto, o tribunal condenou o Banco Itaú a pagar R$ 6 mil por não encerrar a conta corrente de cliente, apesar de sua solicitação. A manutenção da conta ativa gerou um débito crescente ao correntista, atingindo a cifra de R$ 204,08.

Precisamente na apelação cível[14]nº 0219258-9 do TJ\SC na relatoria de Miguel Pessoa, o valor de R$ 6 mil foi fixado para indenização de um eletricista, vítima de um acidente de trânsito motivado por motorista de companhia de ônibus. O efeito do abalroamento foi uma fratura em uma das pernas da vítima, que teve de se submeter a determinadas intervenções médicas, e permanecer sete meses sem poder desempenhar seu labor.

Já o Tribunal do Ceará na apelação[15] cível nº 0098652-32.2008.8.06.0001 TJ\CE na relatoria Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes, condenou o Banco do Brasil a indenizar uma empresa em R$ 14.160,00 por ter abarcado indevidamente uma empresa em cadastros de maus pagadores, pela emissão de cheque sem fundos que, conforme foi apurado, sequer era da empresa.

Por fim, o TJ\RS na decisão da ação cível[16] n° 70052696184, da relatoria de Marilene Bonzanini Bernardi, com o embasa-

---

13. Inteiro teor em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/417233840/apelacao-apl-27113220058190055-rio-de-janeiro-sao-pedro-da-aldeia-2-vara/inteiro-teor-417233849?ref=topic_feed>. Acesso em 10 de abril de 2017.

14. Inteiro teor em: <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4972684/apelacao-civel-ac-2192589-pr-apelacao-civel-0219258-9>. Acesso em 10 de abril de 2017.

15. Inteiro teor em Diário da Justiça do Ceará: <http://www.buscaoficial.com/c/diario/cAbxat8Lh/>. Acesso em 12 de abril de 2017.

16. Inteiro Teor em :<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112723876/apelacao-civel-ac-70052696184-rs>. Acesso em 12 de abril de 2017.

mento de suavizar a consternação de um cidadão que se viu injuriado pela municipalidade de Bagé (RS), o valor indenizatório por danos morais determinado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi de R$ 20 mil. Isso porque servidores da Secretária Municipal de Coordenação e Planejamento do município de Bagé entraram em um bem imóvel do ofendido para fiscalização, sem mandado judicial.

Uma das características acentuadas nas relações trabalhistas é a vulnerabilidade do trabalhador, ou seja, em via de regra é a fraqueza do empregado diante o empregador. Questionamentos distintas vezes são erguidos do porque o empregado é vulnerável perante o contratante, tal rol de dúvidas submerge os ânimos perante aos múltiplos julgados do processo trabalhista, que evidencia a má-fé ou a exercício de atos ilícitos diante ao trabalhador, sem que este faculte-se em se defender.

Análogo ao direito do consumidor, o contratado perante o contratante, se submete a um árdua confiança, amplia-se em circunstâncias na qual não se tem como obter noção clara dos acontecimentos, resta ao trabalhador confiar que a má-fé e atos ilícitos não serão praticados versus ele.

De certa forma o trabalhador em alguns arrolamentos do trabalho, se torna leigo devido a confiança dirigida. O empregador ao contrário, é visualizado como entendedor de todos os seus atos, por ser sua atividade conduzir e controlar, em certa parte, a afinidade trabalhista, tal consideração promove quando de má-fé, a omissão ou fraude na relação trabalhista.

Desta forma, o trabalhador pode de forma despercebida lidar com riscos em relação aos seus direitos. Compete ao trabalhador não dominar essa afinidade, mas sim a sujeição perante o controlador da relação, sobrepondo a ele uma vulnerabilidade.

Mentalizando tal situação, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) aponta uma série de direitos ao trabalhador

e uma gama de deveres ao contratante, procurando o equilíbrio, para que na prática não advenha desigualdades.

Afirma Almeida (2007, p.03), que "Assim o direito a igualdade deve ser calcado no sentido da eliminação das desigualdades, para que haja esta extirpação das desigualdades é preciso que se de efetividade e prática a este postulado, exemplos de ações afirmativas o DL nº 5452/43 (CLT)".

O direito do trabalho não procura uma parcialidade em afinidade ao trabalhador, mas sim a efetuação de um direito autêntico, embasados em princípios legais e códigos que requerem a invalidação de toda a distinção histórica entre empregado e empregador, abonando a efetivação de uma tutela jurisdicional eficaz e equitativa.

2. A PROPOSTA DE UM MODERNO PADRÃO PROCESSUAL

Com o advento da lei n° 13.105 de 16 de março de 2015, que estabeleceu o novo código de processo civil, sobreveio também uma transição de preceitos e princípios processuais que podem ser aplicados no processo do trabalho.

Ressalta-se que alguns princípios que se tornaram novos no processo civil já era um progresso no processo do trabalho, mas dispositivos novos surgiram para o melhor fluxo do processo civil e do trabalho consequentemente.

Essa relação entre processo civil e processo do trabalho tem um liame conforme expõe o artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, que em caso de omissão da CLT, caberá ao Código de Processo Civil prover as lacunas da legislação trabalhista de forma subsidiária e supletiva. Existem correntes doutrinárias que divergem sobre a aplicabilidade ou não do CPC no processo do trabalho.

Os princípios são determinados de uma forma ampla de "algo no começo", ou "base central", no direito processual os princípios representam diretrizes, estrutura, fonte de inspiração e orientação, se tornando base central para a decisão do caso concreto. Afirma Nascimento (2001, p.138) que *"Para o positivismo, os princípios estão situados no ordenamento jurídico, nas leis em que são plasmados, cumprindo uma função integrativa das lacunas"*.

Um marco para o estabelecimento de princípios no Direito do Trabalho no âmbito mundial foi com o advogado trabalhista Américo Plá Rodriguez, que em 1978 publicou a sua grande obra *"Os princípios do direito do trabalho"*, marcando a sua luta por justiça na área trabalhista.

Com o foco na correção de desigualdades na relação entre empregado e empregador, em seus textos, Américo enfatizava com veemência a disparidade do labutador. Em um fragmento Rodriguez (2000, p.453) expõe que "Os princípios gerais que inspiram todas as normas de Direito do Trabalho, devem [sempre] ser levado em conta na sua aplicação".

Esses princípios de proteção ao trabalhador geram hoje nas linhas doutrinárias várias divergências, entendendo a maioria dos doutrinadores que tais vertentes valem para o direito material no processo do trabalho e não no direito processual do trabalho, para que não ocorra desvirtuação do processo.

Acompanha-se também nas decisões monocráticas e em acórdãos que os magistrados não aplicam os princípios na integra no processo do trabalho.

> Todos os princípios devem ser analisados na jurisdição, mas nunca podem exercem numa certa medida, dentro de certos limites. São, pois elementos somente para processar e julgar determinadas causas. "Os princípios, assim, 'é a medida da jurisdição', ou

> ainda, é a jurisdição na medida em que pode e deve ser exercida pelo juiz". (CARNEIRO, 2005, p.67)

Em 2014 o Tribunal Superior do Trabalho (TST), expôs em um agravo regimental[17] - AgR-RO-9906-86.2010.5.02.0000, essa flexibilização na aplicação de princípios. No caso concreto o TST afirma que não aplica o princípio da fungibilidade, preceito na qual prevê a aceitação de recurso quando o correto seria outro. Assim afirmou a Corte Superior que quando ocorre erros abrasivos no desígnio de recursos não se aplica o princípio da fungibilidade.

O uso de princípios de uma forma exorbitante no processo do trabalho ocasionaria maiores litígios processuais, devido às partes terem que provar aspectos no processo que gerariam uma conjuntura e decisões teratológicas, ou seja anomalias e malformações no percurso do processo.

3.O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E SUAAPLICAÇÃO AO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

O CPC de 2015 consagrou um princípio que entrou em bastante notoriedade e análises a partir da aplicação no novo código de processo civil. Tal princípio denominado como princípio da cooperação, figurado no art. 6° da Lei 13.105[18], "Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva".

A cooperação tem como finalidade a ajuda de todos envolvidos na lide para uma maior agilidade da decisão sobre o episódio, ou seja, a busca por uma decisão de mérito em tempo razoável, justa e efetiva. Em primário momento esse

---

17.Interio Teor Acórdão, disponível em <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=15024&anoInt=2012>. Acesso em: 06 de abril de 2016.

18. Acesso a Lei n ° 13.105 de 16 de março 2015 no sítio <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 16 de abril de 2016.

princípio pode-se apresentar como esdrúxulo a relação processual, devido em via de regra, se mentalizar o arrolamento entre autor e réu como círculo de conflito.

Tal dispositivo processual deixa notório que todas as partes do processo devem desempenhar a cooperação. Os litigantes atuam com pedidos e alegações e o juiz-estado atua com as instruções, direção dos tramites judiciários e decisões, ressalta também que, tal cooperação envolve os auxiliares de justiça, tais como, peritos, leiloeiros e entre outros.

> O princípio da cooperação não diz respeito somente às partes. Os deveres de cooperação são conteúdo de todas as relações jurídicas processuais que compõem o processo: autor-réu, autor-juiz, juiz-réu, autor-réu-juiz, juiz-perito, perito-autor, perito-réu etc. Essa é a premissa metodológica indispensável para compreender o conteúdo dogmático do princípio da cooperação. (DIDIER JÚNIOR, 2016, p.128)

Todas estas assistências desenvolvidas pelos compartes da relação processual acarretarão agilidade e justa decisão, dependendo, de que todos cumpram a sua função de forma visível.

A cooperação não gera uma mútua barganha de serviços, mas uma cooperação, com o intuito de atenuar o tempo que se utiliza nas ações judiciais, abarcando uma resolução justa e efetiva do processo. Necessitando entre todos ter um objetivo ordinário, o alcance de tutela jurisdicional em período razoável.

A jurisprudência atual já tem reconhecido expressamente a aplicação de tal princípio, fomentando deliberações que se empregam da argumentação principiológica.

> CIVIL. PROCESSO CIVIL. BUSCA E APREENSÃO. CONVERSÃO EM EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE.

> AUSÊNCIA DE EXECUTIVIDADE. NÃO VERIFICADA. PRINCIPIO DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL. VIOLADO. RECURSO PROVIDO. SENTENÇA CASSADA.I. O rol estabelecido no artigo 585 do Código de Processo Civil *é meramente exemplificativo, podendo a lei conferir o status de título executivo extrajudicial a outros documentos, que não os previstos no mencionado* dispositivo.II. Fere o princípio da cooperação processual, a atitude do magistrado de influenciar a parte a converter o feito e, posteriormente, indeferir a inicial, sobre o argumento de que o título não é hábil ao procedimento adotado.III. Recurso Provido para cassar a sentença de primeiro grau. (TJ-DF. APC 20140310015006. Relator: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA. Julgamento:25/11/2015. Pág.: 294).

Como um fruto imparcial de uma relação processual, o juiz adotando o princípio da cooperação, transpõe de um agente passivo na relação processual, ou reservado observador, para o posicionamento de acentuados atos ativos no arrolamento processual, instigando igualmente às partes a participarem da relação processual de forma mais ativa. Observando sempre o princípio da imparcialidade que veda privilégios nas ações do magistrado.

Assim o juiz de situa no meio da controvérsia, ocasionando com que todas as partes sejam ativas ao processo, proporcionando agilidade e efetivando de forma clara o princípio constitucional da isonomia, conforme o caput do art. 5° da Constituição Federal[19].

> Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e

19. Ver em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 de abril de 2017.

> aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, [...]. (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988)

Em um Estado democrático de direito, os processos devem possuir caráter isonômico, deste modo, a utilização do principio da cooperação facilita a serventia do dispositivo constitucional da isonomia, como o dever de esclarecimentos, auxílios, consultas, o instituto da prevenção, que se resume na fixação de competências, proporcionando uma mútua reciprocidade.

> Logo, para que o processo de fato mereça o qualificativo de democrático/justo e se torne real o clima de colaboração entre juiz e as partes, a nova lei impõe uma conduta leal e de boa-fé, não só dos litigantes, mas também do magistrado, a quem atribuíram os deveres de esclarecimentos, de diálogo, de prevenção de auxílio para com os sujeitos interessados na correta composição do conflito de conflito, criando-se um novo ambiente normativo contra fático de indução à com participação (em decorrência dos comportamentos não cooperativos). (MARINONI, 2010, p.48)

Observa-se no processo do trabalho que a aplicação de princípios do direito material, por interpretações equivocadas, pode ser atenuada no direito processual. Então a cooperação se torna um bom conceito e escape quando se encontra dificuldades nos trâmites processuais. A exemplo na formação de prova, quando um dos litigantes tem o ônus da prova, poderá recomendar o julgador que o princípio da cooperação estabelece que, todos devem compartilhar ativamente,

procurando a veracidade e pacificação da conjuntura, e não necessariamente a condenação. De tal modo poderá instigar o curso do processo a uma possível improcedência.

O processo é fruto de uma relação entre o Estado-juiz e as partes litigantes do processo, o autor e réu, a cooperação trás a lume uma concepção contemporânea de que todos que participam da relação processual devem cooperar de uma forma ativa e pró-ativa, ou seja, conjecturando comportamentos para trazer a solução rápida e antecipada de lides.

Assim o princípio da cooperação praticado por todas as partes, poupa a formulação de pedidos desnecessários e infundados, evitando a procrastinação da decisão judicial de forma supérflua.

O magistrado como cooperador, deve não atuar de forma surpresa nas decisões, conforme exposto no artigo 10 do CPC de 2015, que "o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício."

> [...] O princípio da cooperação consiste no dever de cooperação entre as partes para o deslinde da demanda, de modo a se alcançar, de forma ágil e eficaz, a justiça no caso concreto. 3. O indeferimento da petição inicial, sem a oportunidade de emenda, constitui cerceamento do direito da Autora, em verdadeiro descompasso com o princípio da cooperação. (TJ-DF. AC **20150110703592**. Relator: FLAVIO ROSTIROLA. Julgamento: 01/10/2015. Pág.: 78).

Deve também o auxílio, para amparar as partes a extrair os obstáculos que podem existir no meio do processo. O alerta as partes do uso impróprio do processo e as consequências desde

mau uso, o juiz carece também de ser elucidativo em suas decisões e solicitar explicação das partes em seus atos, a exemplo no artigo 321 do CPC, que dispõe da emenda da inicial.

> Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado. Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial. (BRASIL, 2015, online).

Em 15 de março de 2016 o Tribunal Superior do Trabalho, editou a resolução normativa[20] n° 203, que alterou a resolução n°39, demonstrando seu posicionamento sobre a aplicação das normas do código de processo civil de 2015. Na resolução n° 39\2016 em seu artigo 2°, é notório artigos do CPC de 2015 que não se sobrepõem ao processo do trabalho, veto que não abrangeu o princípio da cooperação, o consentindo como uma vereda para os conflitos trabalhistas.

Veemente que nesse púbere modelo contemporâneo de processo, quando todos operam de forma cooperada, desempenham o intuito de se atingir uma pacificação, independente de qual parte sairia do processo com o mérito, essa é a essência do novo método de condução de processos através da cooperação, assevera Streck (2012, p.13), que "o espírito do novo CPC é alçar a ética, a honestidade e a lealdade das partes como *standards* de conduta, facilitando a gestão do processo pelo Juiz e permitindo que se chegue à solução mais justa e efetiva".

---

20. Leia na íntegra a Resolução n°203 do TST em <http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>. Acesso em 10 de abril de 2017.

4. COOPERAÇÃO E BOA-FÉ-OBJETIVA: DOIS IDEAIS INDISSOCIADOS

À justiça confere-se o dever de tutelar os direitos individuais e sociais das partes, mas devido às amplas garantias instituídas pelas normas jurídicas, o poder judiciário se localiza sufocado pelos excessivos números de processos. Assim as estruturas de pacificação de litígios não conseguem garantir inteiramente os desempenhos que lhe foram conferidos, devido a redundância de circunstâncias conflituosas faz brotar em litígios que o judiciário acaba não sendo eficaz em deliberar de forma rápida as ações. Com intensidade na relação processual, nem consecutivamente quem vence é o litigante possuidor do direito, mas sim o astuto, hábil, capaz de ludibriar e mentir empregado de estratagemas de má-fé.

Dentro da relação processual é imprescindível satisfazer os regulamentos, no entanto, concomitantemente estas são infringidas pela pretensão que tem a parte em garantir suas vontades, mesmo que sua cobiça seja atuando de caráter adverso as obrigações processuais de boa-fé, que se compõe cláusula fundamental dentro da relação jurídica.

A transgressão de norma como a boa-fé pode-se assinalar como litigância de má-fé, incidindo quando na relação processual pela infração de obrigações processuais o litigante motiva danos à parte antagônica, assim condutas conflitantes com os deveres do processo devem ser abolidas desta afinidade, ainda que seja por meio de repressões legais.

A boa-fé é uma explanação arrolada às disposições gerais que está introduzida em qualquer arrolamento jurídico. Este princípio propende constatar o desígnio e a conduta dos atuantes nas relações legais. Quando a ação do atuante se alude a um comportamento lícito, apresenta-se a boa-fé objetiva, mas quando o litigante sabe que não está atuando de formato adequado

e equitativo, configurando a ação do agente em prejuízo a outro componente na relação jurídica, conteve a má-fé objetiva.

Na busca por trâmites processuais expeditos e que trazem benefícios as partes, é cogente vertentes que proíbam condutas não cooperativas, levando a elevação de responsabilidade em conformidade com a boa-fé objetiva.Miguel Reale, na obra "A boa-fé no Código Civil" delibera boa-fé objetiva de uma forma explicita.

> A boa-fé objetiva apresenta-se como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal. Tal conduta impõe diretrizes ao agir no tráfico negocial, devendo-se ter em conta, como lembra Judith Martins Costa, 'a consideração para com os interesses do autor, visto como membro do conjunto social que é juridicamente tutelado'. Desse ponto de vista, podemos afirmar que a boa-fé objetiva, é assim entendida como noção sinônima de 'honestidade pública. (REALE, 2003, p. 4).

Em variantes momentos já se abrange o empenho do direito material com o princípio da boa-fé. No código de processo civil de 2015 a boa-fé se contorna como árdua premissa do princípio da cooperação, a boa-fé processual já era doutrina dos preceitos do código de processo civil de 1973, estabelecendo um desempenho adequado das partes. A boa-fé processual leva a indução e a origem de perspectivas autênticas e uma conduta alinhada pelos litigantes e servidores da justiça.

O Superior Tribunal de Justiça em 2011 em recurso especial[21] com ementa abalizada em ação de hipoteca arrolando a Caixa Econômica Federal, ainda nas premissas do CPC de 1973, já propunha a procura do aprimoramento do processo diante o princípio da boa-fé.

> O Código de Processo Civil (artigo 14, inciso II) impõe aos litigantes um comportamento regido pela lealdade e pela boa-fé, o que se traduz na obediência a um padrão de conduta que razoavelmente se espera de qualquer pessoa em uma relação jurídica impedindo a conduta abusiva e contrária à equidade. (STJ. AgRg no REsp709.372 - RJ (2004/0174708-8). Relator: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO. Julgamento:03/06/2011.

A transgressão do princípio da boa-fé pode suscitar a preclusão de uma faculdade processual, ou a obrigação de reparar em episódio de dano, e a multa por litigância de má-fé.Quando uma dos litigantes perpetra uma ação dentro do processo que origina dano processual a outra parte, está atuando de caráter oposto ao princípio da boa-fé, e a transgressão deste princípio pode levar o litigante a ser arguido pela litigância de má-fé. Poderá o litigante ser réu por perdas e danos assim como aparelhado nos artigos 79 e 80 do código de processo civil.

> Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente.
>
> Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

21 Inteiro Teor em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21121766/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-709372-rj-2004-0174708-8-stj/relatorio-e-voto-21121768?ref=juris-tabs>.Acesso em 25 de abril de 2017.

> I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
>
> II - alterar a verdade dos fatos;
>
> III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
>
> IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
>
> V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
>
> VI - provocar incidente manifestamente infundado;
>
> VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.
>
> (BRASIL, 2015, online)

Os artigos descritos demonstram de modo dilatado e apregoa a obrigação de reparar o dano a parte contrária no processo, pelas perdas e danos que lhe foram acarretados, em consequência da litigância de má-fé. Situado por Gagliano (2013, p. 42) que evidência a necessidade da ressalva das conjeturas processuais mostrarem, "A observância da boa-fé em juízo é uma exigência em benefício do próprio sistema processual. Daí porque ao descumprimento do dever de lealdade deve sempre corresponder uma sanção, haja ou não um prejuízo".

Deste modo, como toda transgressão da cláusula processual pode ocasionar uma pena, averigua-se que tratando da litigância de má-fé, as penalidades a tais comportamentos transgressoras dos deveres processuais com o CPC de 2015 impetraram maior severidade. A boa-fé ou o agir de boa-fé no processo, é um dever constituído pelo princípio da cooperação e repreendido pela norma jurídica quando não perpetrado.

CONCLUSÃO

A ausência de caminhos institucionais de diálogo faz com que o trabalhador só busque amparo de seus direitos após a rescisão do contrato de trabalho. Com isso, dificuldades que poderiam ser prontamente deliberados no andamento do contrato de trabalho vão se aglomerando, para serem tratados somente ao fim do liame empregatício, na Justiça do Trabalho. No Brasil é apresentado um coeficiente altivo de ações trabalhistas, o que é retratado pela abundância de ações trabalhistas que anualmente dão abertura na Justiça do Trabalho. Na ampla multiplicidade das ações trabalhistas o litígio reside na liquidação de verbas rescisórias.

Não obstante, as jovens direções do direito processual contemporâneo são visualizadas inclusive de forma inerente a nova legislação processual civil. Nesta vertente, pode-se considerar nitidamente que o processo deve conjecturar, e com o empenho dos litigantes, o que se cognomina de princípio da cooperação, sendo esta sustentada pelo pilar da boa-fé processual objetiva. Desta configuração,os ares da legislação processual civil inovadora apontam não mais para o isolamento processual e sim para a solidariedade processual.

Não obstante, por mais que se conheça a vulnerabilidade do trabalhador, no litígio o obreiro deve se atentar e agir conforme o que orienta o caráter cooperativo do direito processual, observando assim na realização de todos os seus atos processuais o princípio da boa-fé. Se o agente vulnerável da relação processual (o trabalhador) agir de má-fé, pode ser responsabilizado e condenado a multa de litigância de má-fé,não ficando imune da dívida pecuniária, mesmo que auxiliado pela gratuidade da justiça, pois cooperar é um dever processual a todas as partes.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA. Dayse Coelho. **“Ações Afirmativas e Politicas de Cotas são expressões sinonimas? ”.**site- fernanda em debian – rs. Org, 20 de novembro de 2009. Disponível em: < http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8336 > . Acesso em 08 de abril de 2017.

BAUMAN. Zygmunt, The IndividualizedSociety – A Sociedade Individualizada. Editora Zamiar. São Paulo 2013. P, 53.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil:promulgada em 5 de outubro de 1988.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm > . Acesso em: 10 de abril 2016.

_________. **Lei nº 13.105 de 15 de março de 2015.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm > . Acesso em: 16 de abril 2017.

________. TRIBUNAL DE JUSTIÇA-DF. **Ação Civil. *20140310015006*, Rel. FLAVIO ROSTIROLA.**Disponível em: < https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/238432854/apelacao-civel-apc-20150110703592 > . Acesso em: 7 de abril 2017.

________. TRIBUNAL DE JUSTIÇA-DF. **Apelação Cível *20140310015006*, Rel. *GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA*.** Disponível em: < https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/267381511/apelacao-civel-apc-20140310015006 > . Acesso em: 6 de abril 2017.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 14.Ed. São Paulo:Saraiva, 2005.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.18. ed. Salvador: 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil: Contratos. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. O projeto do CPC: críticas e propostas.São Paulo: RT 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*.17 ed.rev. e atual.São Paulo: Saraiva, 2001.

PAOLO, Gallo.L'Arrichimentosenza causa. Pádova: CEDAM.

REALE, Miguel. **A boa-fé no Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho.** Tradução de Wagner D Giglio. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges."Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou 'colaboração no processo civil' é um princípio?". São Paulo.*Revista de Processo,* v. 213, 2012, p. 13.

AS PECULIARIDADES DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Ingrid de Figueiredo Lopes

INTRODUÇÃO

A finalidade do presente trabalho é apresentar a importância do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, estabelecido pelo Novo Código de Processo Civil, em 16 de maior de 2015, e os benefícios que pode oferecer ao Poder Judiciário brasileiro ao longo do tempo.

A sua natureza jurídica é de incidente processual, pois, como não há a presença da taxatividade, não é possível classificá-lo como recurso. Desta forma, o Tribunal poderá fazer o julgamento apenas da questão de direito repetitiva, formulando a tese jurídica a ser adotada. O caso concreto continua sendo debatido através do recurso, com a responsabilidade da decisão sendo do juiz competente.

O sistema jurídico brasileiro vem sofrendo uma rápida evolução no direito, ocorrendo gradativa valorização das jurisprudências, utilizadas para designar uma pluralidade de decisões proferidas no mesmo sentido, sobre a mesma matéria fático-jurídica.

Essas mesmas jurisprudências brasileiras se mostram incoerentes, uma vez que é possível se deparar, cotidianamente, com decisões completamente díspares para casos semelhantes, o que fere princípios básicos de um Estado Democrático de Direito que tanto demorou a ser instaurado.

Surge, então, em um contexto de apelo à uniformização jurisprudencial, com o advento do Novo Código de Processo Civil, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, tornando-se o meio apto a zelar pela coerência das decisões do Poder Judiciário.

Uma vez sedimentada certa jurisprudência sobre a questão de direito reiterada, é razoável que todos os casos julgados subsequentemente sejam decididos através do mesmo padrão de fundamento. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas presta-se a incentivar que isso ocorra, de modo a fixar uma orientação a ser seguida nos demais casos.

Entretanto, tal inovação certamente enfrentará obstáculos, dado que para se estabelecer uma tese jurídica aplicável aos casos futuros, é imprescindível que as decisões judiciais passem por uma profunda análise dos argumentos apresentados e que sejam fundamentadas com excelência, a fim de se evitar futuras discussões sobre uma matéria já analisada anteriormente.

Como metodologia para elaborar o presente trabalho, será realizada uma análise doutrinária tecendo sobre os procedimentos adotados para o julgamento do incidente processual, desde a sua instauração até a decisão final.

Por fim, será abordada a importância do Princípio da Isonomia e em como o seu conceito demonstra a necessidade de urgência para que as demandas repetitivas sejam solucionadas de modo uniforme, evitando soluções discrepantes aos casos a serem solucionados.

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE O IRDR

O IRDR -Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas-pretende a partir do julgamento de um caso paradigmático e concreto, uniformizar o entendimento de um determinado Tribunal acerca de uma matéria que possui diversas demandas semelhantes, ou seja, repetitivas. Nas palavras de Fredie Didier Junior, as causas repetitivas podem pertencerão seguinte contexto:

> [...] causa repetitiva, ou seja, causa que verse sobre questão jurídica objeto de processos semelhantes (e não "idênticos" como se refere o legislador). É o que acontece nos litígios de massa, como as causas previdenciárias, as tributárias, as que envolvem servidores públicos, consumidores, etc., sujeitos que se encontrem em uma situação fático-jurídica semelhante. Nestas causas, discute-se normalmente a mesma tese jurídica, distinguindo-se apenas os sujeitos da relação jurídica discutida (DIDIER JUNIOR, 2008, p.448).

Esse instituto processual versa sobre uma ferramenta inspirada no sistema jurídico alemão com o objetivo de tutelar os direitos individuais e coletivos, a fim de garantir a segurança jurídica aos julgamentos que abordem a mesma matéria (RAMOS, 2012, p. 540). Sobre isso, não se considera apenas uma reforma trazida pelo Novo Código de Processo Civil, mas sim a inserção de um novo sistema no ordenamento jurídico brasileiro.

Percebe-se um gradativo aumento em relação ao número de processos presente no Judiciário, seja nas instâncias inferiores ou nas superiores. Como consequência, o legislador começou a ter uma maior preocupação no tocante à isonomia das decisões judiciais e da quantidade em massa de deman-

das que abarrotam o Judiciário e desrespeitam o Princípio Constitucional da Celeridade Processual.

Por conseguinte, diante desse cenário de massificação causado pelo excesso de demandas, foi necessária a atualização do Código de Processo Civil de 1973, uma vez que a sua redação originária não estava mais congruente com as situações conflitantes existentes da atualidade, em consonância com a razoável duração do processo.

O Novo Código de Processo Civil surgiu com a expectativa de sanar os problemas das causas repetitivas, devido a necessidade de um regime processual que possibilitasse o tratamento isonômico entre às partes e a uniformização da jurisprudência, objetivando a coerência do ordenamento jurídico de forma que a dar segurança às partes (CAMBI, 2015, p. 337). Com os mesmos objetivos principais do direito alemão, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas busca identificar quais são os processos que versem sobre a mesma questão de direito, ainda no primeiro grau de jurisdição, para ser formulada uma decisão conjunta (BRASIL, 2010, p. 21). Nesse sentido, seguem as explicações da Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil:

> No direito alemão a figura se chama Musterverfahren e gera decisão que serve de modelo (= Muster) para a resolução de uma quantidade expressiva de processos em que as partes estejam na mesma situação, não se tratando necessariamente, do mesmo autor nem do mesmo réu (BRASIL, 2010, p. 21).

O incidente versa sobre a escolha de um caso piloto, cujo julgamento terá repercussão sobre o dos demais processos que tenham como tese uma questão de direito similar ao

paradigma (PINHO, 2012, p. 881). Isto posto, é considerado uma inovação no ordenamento jurídico que aproxima o direito brasileiro do "*common law*", inclusive, não é de hoje que o Brasil passou a adotar o hábito de utilizar decisões jurisprudenciais como fonte de aplicação do direito a um caso concreto (NUNES, 2013, p. 472).

Nessa ótica, dentre os requisitos necessários à instauração, o artigo 976 do Novo Código de Processo Civil, exige que haja efetiva repetição dos processos, e não apenas uma possibilidade de que eles se multipliquem, cumulativamente com as questões da isonomia e segurança jurídica, que o ordenamento tem o dever de transmitir às partes. Não se cogita um número mínimo de processos repetitivos, mas isto não significa que um número irrisório de casos permita a sua instauração.

Segundo Alexandre Câmara, somente poderia ser instaurado quando o Tribunal já possuir, em trâmite, ao menos, um processo:

> O processo em que tal instauração ocorra será afetado para julgamento por órgão a que se tenha especificamente atribuído a competência para conhecer do incidente, o qual julgará o caso concreto como uma verdadeira causa-piloto, devendo o julgamento desse caso concreto ser, além da decisão do caso efetivamente julgado, um precedente que funcionará como padrão decisório para outros casos, pendentes ou futuros (...) Esse órgão colegiado, competente para fixar o padrão decisório através do IRDR, não se limitará a estabelecer a tese. A ele competirá, também, julgar o caso concreto (recurso, remessa necessária ou processo de competência originária do tribunal), nos termos do art. 978, parágrafo único. Daí a razão pela qual se tem, aqui, falado que o processo em que

> se instaura o incidente funciona como verdadeira causa-piloto (CÂMARA, 2015, p. 416).

Ademais, a segurança jurídica, princípio resultante de um Estado Democrático de Direito, só se torna efetiva com a homogeneização dos entendimentos judiciais. Afinal, é de suma importância que os jurisdicionados tenham confiança no Poder Judiciário, a fim de garantir o mínimo de previsibilidade quanto às suas pretensões jurídicas.

Contudo, deve-se ter em mente que o aludido instituto enfrentará inúmeros obstáculos para a sua concreta efetivação, não só por ser uma inovação, mas, principalmente, por ser o responsável em alterar os hábitos da cultura jurídica dos brasileiros para que se adaptem a ele.

2. PROCEDIMENTO DO IRDR

Para que a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas ocorra corretamente, é necessário que certos requisitos cumulativos sejam preenchidos e, conforme os ensinamentos de Leonardo Greco, existem três pressupostos necessários para que seja positiva a admissibilidade feita pelo Tribunal:

> O primeiro pressuposto de admissibilidade do incidente é que exista multiplicidade de processos ou de recursos, na primeira ou na segunda instância na área de competência de um mesmo tribunal de segundo grau, que versem sobre a mesma questão de direito. (...) O segundo pressuposto de admissibilidade é que essa multiplicidade de processos ou de recursos apresente risco de decisões contraditórias, com incerteza quanto ao direito dos interessados, especialmente pelo tempo que demorará para que afinal a questão seja definitivamente pacificada no

> âmbito do tribunal. O terceiro pressuposto é negativo. A questão de direito que se encontre pendente em diversos processos na área de competência de um tribunal de segundo grau, pode já ter determinado a instauração do incidente de resolução de recursos especiais ou extraordinários repetitivos pelo STJ ou pelo STF. Se o relator, num desses tribunais superiores, já tiver instaurado um desses incidentes sobre a mesma questão de direito, proferindo a decisão de afetação de que trata o artigo 1.037, não será admissível a instauração do incidente no tribunal de segundo grau, nos termos do artigo 976, § 4 (WAMBIER, 2015, p. 1400).

O pedido de instauração deverá ser dirigido ao Presidente do respectivo Tribunal, por meio de ofício ou de petição, sendo legítimos para solicitar tal pedido os magistrados de primeiro grau, o relator do processo (ou recurso), as partes e o Ministério Público, conforme explicação de Leonardo Greco:

> a) o juiz de primeiro grau perante o qual se processe um feito que deva ser resolvido com exame da questão de direito que atinge muitos outros processos ou recursos; b) o relator de processo ou de recurso no qual esteja pendente de decisão a referida questão de direito; c) qualquer das partes em qualquer processo ou recurso pendente em primeiro ou em segundo grau, no qual a referida questão deva ser apreciada; d) o Ministério Público ou a Defensoria Pública que atue em algum processo ou recurso relativo à referida questão (GRECO, 2015, p. 410).

Quanto ao Ministério Público, possuirão legitimidade para pedir a instauração do incidente quando a matéria versar so-

bre hipóteses que envolvam relevante interesse social, com o propósito de fazer valer os direitos que não possuem caráter intrinsecamente coletivo: são os chamado de individuais homogêneos (WAMBIER, 2015, P. 410).

Assim que o pedido for recebido pelo Tribunal, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas terá o seu exame de admissibilidade realizado pelo colegiado competente, conforme expresso no artigo 981 do Novo Código de Processo Civil (GRECO, 2015, p. 410).

Caso o colegiado não o admita, os processos que estavam com as questões de direito em discussão deverão prosseguir normalmente. Nesse caso, poderá ser requerida a instauração de um novo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas a qualquer tempo, desde que os pressupostos de admissibilidade estejam corretamente presentes.

Porém, caso o colegiado dê resultado positivo ao juízo de admissibilidade, todos os processos individuais e coletivos que tramitarem na jurisdição do Tribunal deverão ser suspensos até a sua resolução (CAMBI, 2015, p. 345).

Ao ser admitido o incidente, o processamento e julgamento deverão ser realizados pelo órgão estabelecido no Regimento Interno do Tribunal, conforme o caput do artigo 978, do Novo Código de Processo Civil. Assim sendo, deverá ser dada ampla publicidade, a fim de que as partes interessadas possam contribuir com seus argumentos à nova tese jurídica.

Além disso, o parágrafo único do mencionado artigo reforça a ideia de que o órgão estabelecido para o processamento e julgamento do IRDR, também será o responsável por decidir e fixar uma tese jurídica a respeito dos recursos, remessa necessária e processos de competência originária existentes em tal tempo.

> **Artigo 978.** O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aque-

> les responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal (BRASIL, 2015).
>
> **Parágrafo único.** O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente (BRASIL, 2015).

Neste sentido, o Ministério Público, ainda que não tenha sido o responsável por requerer a instauração, deverá ser necessariamente intimado para, caso queira, se manifestar, cabendo-lhe o juízo quanto à necessidade de intervenção. A sua intimação proporciona o que a doutrina tem chamado de "contraditório institucional", que é o contraditório em nome da própria sociedade (WAMBIER, 2015, p. 1405).

Este cuidado em ter o Ministério Público presente no desenvolver da tese jurídica gerada pelo IRDR, assim como todas as outras precauções do legislativo, tem como razão o fato de que a decisão formulada terá efeitos que ultrapassam o âmbito do incidente processual, pois o efeito da tese estabelecida é vinculante.

A decisão final, que definirá a tese jurídica a ser adotada em relação àquela demanda repetitiva, produzirá esses efeitos vinculantes aos magistrados de primeiro e segundo grau do Tribunal perante o qual tramitou o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, bem como os juízes dos juizados especiais.

O prazo para que o incidente seja julgado é de 1 (um) ano, sendo de grande importância respeitar o termo final, uma vez que não há previsão sobre a prescrição nos casos em que houver demanda repetitiva. No entanto, caso não ocorra o julgamento dentro desse período, os efeitos de suspensão do curso do prazo serão cessados, nos termos do parágrafo único do artigo 980 e

do inciso I do artigo 982, ambos do Novo Código de Processo Civil, *in verbis*:

> **Artigo 980.** O incidente será julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus(BRASIL, 2015).
>
> **Parágrafo único.** Superado o prazo previsto no caput, cessa a suspensão dos processos prevista no artigo 982, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário(BRASIL, 2015).
>
> **Artigo 982.** Admitido o incidente, o relator:
>
> **I.** Suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso;
>
> **II.** Poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de 15 (quinze) dias (BRASIL, 2015).

Ademais, caso a parte suscitante desista do processo no qual foi suscitado o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, não há qualquer impedimento para que o exame meritório se prossiga:

> O § 1º do artigo 976 estabelece que a desistência ou abandono do processo não impede o exame do mérito do incidente. (...) Aqui está mais uma prova de que o incidente se autonomiza em relação ao processo originário. De qualquer modo, a sua continuidade se justifica pela sua vinculação aos demais processos suspensos em que a questão se

> encontra pendente. Para viabilizar a continuidade do seu processamento, o § 2º determina que 19 o Ministério Público, nesse caso, assuma a sua titularidade, como substituto processual das partes nos processos pendentes (GRECO, 2015, p. 411).

Os processos que haviam sido suspensos voltarão ao seu trâmite normal para que seja aplicada, ao caso concreto, a nova tese adotada, pois a decisão como já explicado anteriormente- possui efeito vinculante a todos os processos afetados pela existência do incidente. Caso não ocorra o julgamento dentro do prazo de 1 (um) ano, os processos também voltarão ao seu trâmite para serem julgados conforme o entendimento do magistrado.

3. UNIFORMIZAÇÃO DAS JURISPRUDÊNCIAS

Pelo fato de o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas ter como visão a garantia das decisões judiciais isonômicas aos jurisdicionados que estejam na mesma situação fático-jurídica, o Princípio da Isonomia passa a ter extrema relevância. Isso, pois, a segurança jurídica viabiliza a previsibilidade das decisões judiciais, sendo de suma importância para um Estado Democrático de Direito.

No que tange aos benefícios da uniformização das jurisprudências dos casos semelhantes, segue o seguinte entendimento nas palavras de Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa:

> [...] a uniformização da jurisprudência diz respeito, muito de perto, aos escopos da jurisdição, quer sob a ótica do Estado, pois a proliferação de interpretações divergentes em um mesmo ponto do contínuo espaço-tempo desprestigia as leis, diminui a confiança nos juízes e favorece comportamentos opor-

> tunistas, servindo assim "ao interesse do próprio Estado em manter o império suas leis e o respeito às suas instituições" (escopo político), quer sob o ângulo dos jurisdicionados, que têm direito à correta (princípio da legalidade) e isonômica (princípio da igualdade) aplicação da lei, sem a qual não se pode cogitar de pacificação dos conflitos de interesse com justiça (escopos social e jurídico) (YOSHIKAWA, 2012, p. 243).

Nessas causas repetitivas, discute-se a mesma tese jurídica diferenciando apenas os sujeitos das relações, sendo possível afirmar que existe uma expectativa para a sua resolução. É exatamente este um dos maiores problemas que o direito brasileiro vem enfrentando: não há qualquer previsibilidade acerca da decisão proferida pelo magistrado, havendo, muitas vezes, divergência jurisprudencial (CAMBI, 2015, p. 335).

Os princípios do Novo Código de Processo Civil visam transcender a mera eficácia das normas instrumentais e atingir a efetividade do processo, de forma que a uniformização permite que o julgamento dos processos seja mais ágil por conta da tese jurídica estabelecida através de um "*processo-modelo*" pelo segundo grau.

O referido Princípio da Isonomia é basilar e inerente ao Estado Democrático de Direito, estando, inclusive, positivada a igualdade de todos perante a lei, no caput do artigo quinto, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Contudo, quando se tenta aferir uma igualdade diante das decisões judiciais, depara-se com uma lacuna: não é correto continuar solucionando individualmente as demandas em massa, em contraposição ao objetivo principal de dar tratamento coletivo e uniforme aos casos idênticos, eliminando as divergências e inseguranças (CUNHA, 2010, p. 141).

Neste contexto, o Incidente de Resolução de demandas repetitivas só irá conseguir melhorar o cenário de assoberbamento do Judiciário se os próprios magistrados mudarem a sua cultura que reina há muito tempo, ao proferirem as decisões, passando a utilizar um modo criterioso, tanto na instauração quanto no julgamento.

Ao analisar uma decisão como fruto de um sistema judicial e não como mera prestação atribuída a um magistrado, torna-se inevitável constatar que não há racionalidade na decisão ordinária que atribui à lei federal interpretação distinta da que foi dada pelo órgão jurisdicional competente para uniformizar a jurisprudência.

Não haveria motivo para falar em igualdade diante das decisões dos casos semelhantes que formam uma tese jurisprudencial caso estas pudessem se resolver na mera aplicação da lei. Portanto, ao se pensar em igualdade, o problema é remetido a uma interpretação judicial formada através dos diversos argumentos que foram apresentados ao longo do julgamento do incidente processual.

É claro que será considerada a interpretação dada às legislações, embora não se possa ignorar a importância da uniformização jurisprudencial dada às questões de direito de determinados fatos litigiosos para a construção de uma correta decisão judicial. Desta forma, resume-se a questão da aplicação do texto da norma, devendo constituir um contínuo respeito a qualquer tese jurídica que tenha sido formulada perante a instauração de um Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva.

CONCLUSÃO

O assoberbamento do Judiciário brasileiro é de visível notoriedade e o ajuizamento das demandas repetitivas só contribui para, cada vez mais, acumular processos para julga-

mento. Com a grande quantidade de demandas, tem-se que a duração razoável do processo, que constitui o Princípio Constitucional da Celeridade Processual, consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil, fica comprometida.

Inclusive, a resolução de demandas pelos magistrados acaba sendo de um exame raso por conta da massificação e não é proporcionada às partes uma prestação jurisdicional adequada ao caso concreto. Neste contexto, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas surge para desafogar o Poder Judiciário, uma vez que o magistrado só irá aplicar a tese jurídica firmada, o que lhe demandará um menor tempo de elaboração das decisões, contribuindo para a celeridade.

Portanto, haverá um tratamento mais isonômico aos jurisdicionados, além de maior segurança jurídica em razão da previsibilidade das futuras decisões, mas é certo que esta medida não poderá ser utilizada desmedidamente, devendo ser permitido que os interessados na resolução possam expor seus argumentos em respeito ao Princípio do Contraditório.

Por isso, pode-se dizer que existe uma participação democrática para a formação da tese jurídica, uma vez que a fundamentação terá levado em conta os argumentos de todos aqueles que desejarem participar do julgamento.

Caso o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas seja aplicado de modo correto, tanto no momento de sua instauração quanto na formação da tese jurídica, bem como na aplicação, poderá desenvolver importante papel na resolução de litígios de massa com célere, isonômica e efetividade no ordenamento brasileiro.

Com certeza, essa novidade trazida pelo Novo Código de Processo Civil desperta inúmeras indagações interessantes, tanto no campo teórico quanto no prático-processual, o que permite uma grande reflexão sobre a sistemática e a eficácia que o incidente processual terá ao longo dos anos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: **anteprojeto.** Brasília (DF): Senado Federal, 2010.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília (DF): Congresso Nacional, 2015. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. *Acesso em: 30 maio 2017.*

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro.** São Paulo: Atlas, 2015.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 243, maio 2015.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas**. Revista de Processo,** São Paulo, v. 179, jan 2010.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. v.1.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**: recursos e processos de competência originária dos tribunais. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 3.

NUNES, Dierle; PATRUS, Rafel Dilly. **Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil.** Salvador: JusPodivm, 2013.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo: processo de conhecimento, cautelar, execução e procedimentos especiais.** São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2.

RAMOS, Liane Slaveiro. **Comentários ao Projeto de Lei nº. 8.046/2010, Proposta de um Novo Código de Processo Civil.** Porto Alegre: EdiPUCRS, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil.** 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo código de processo civil. Comentários aos arts. 930 a 941 do pl 8.046/2010. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 206, abr. 2012.

A PROVA DIGITAL E SUA VALORAÇÃO NO CONTEXTO PROCESSUAL CIVIL

Ísis de Sá Araújo Costa
Gabriela Ferreira Pinto de Holanda

1 INTRODUÇÃO

Com o avanço da indústria, fez-se uso dos novos aparelhos e da nova tecnologia para maximizar a produção. Por sua vez, a pessoa física buscou esses equipamentos tanto para o trabalho quanto para o lazer. Diante dessa nova interação, por meio dos computadores, smartphones, tablets e dos demais dispositivos eletrônicos que foram surgindo no passar das décadas, a cada momento estão sendo criados bilhões de documentos digitais armazenados em HD's, chips, pen drives e nos demais tipos de armazenamentos digitais, inclusive na Nuvem.

A partir do contexto moderno, foi-se aos poucos, criando um novo tipo de necessidade jurídica. É o caso, por exemplo, da comprovação judicial de um evento por meio de documento digital, que tem como objetivo a elucidação de um fato através de prova digital, a qual não é gerada materialmente e sim por um meio virtual.

Em paralelo a esse avanço da tecnologia, foram desenvolvidos diversos programas de tratamento de textos, imagens,

vídeos e etc., que de má-fé, poderiam ser utilizados para modificar a essência do documento, de maneira que apenas especialistas pudessem reconhecer os traços de uma falsificação.

Nesse sentido, em face à falta de legislação que definisse ou tipificasse como deveria ocorrer a aceitação dessa prova digital, os magistrados ao se depararem com essa categoria de documento probatório, se viram obrigados a se basear no princípio do livre convencimento. Portanto, parte dos juristas resolveram acreditar na fragilidade e facilidade de modificação desse tipo de evidência, e como reflexo, estas não foram levadas em conta no processo. O que trouxe uma certa variabilidade quanto a aceitação desses elementos probatórios.

Mas no dia 18 de março de 2016 o novo Código de Processo Civil entrou em vigor, trazendo em seu escopo diversas tipificações, que esclarecem a admissão das provas digitais. Em comparação ao código anterior, ocorreram modificações que implicaram o fortalecimento referente à valoração das provas por meio de assinatura digital, perícias técnicas e atas notariais, além da criação de capítulos específicos para essas últimas.

1. A PROVA DIGITAL E SUA VALORAÇÃO NO CONTEXTO PROCESSUAL CIVIL

Desde os anos 90, a vida das pessoas e seus hábitos têm mudado por causa da popularização do computador e da internet. Segundo Kurose e Ross (2006, p. 44) o ponto principal desta década "[...] foi o surgimento da World Wide Web, que levou a Internet para os lares e as empresas de milhões de pessoas no mundo inteiro."

Devido à utilização dessa nova interface, foram aos poucos surgindo situações juridicamente relevantes, que envolviam documentos criados e armazenados digitalmente. De acordo com Diniz (2011, p. 943), "À medida que este fenômeno penetra em nosso cotidiano, surgem, de modo exponen-

cial, fatos jurídicos a ele relacionados.” Ou seja, os conflitos que ocorriam normalmente, continuaram acontecendo, mas a partir do novo contexto social (um contexto virtual), percebeu-se a necessidade de legislação que tratasse dos assuntos relacionados ao universo digital.

Muito embora o computador tenha sido projetado para ser de uso pessoal desde 1975, só passou a ser realmente popular com a criação dos programas de planilhas eletrônicas. Estima-se que a propagação dos documentos digitais esteja ligada à expansão desse mercado, e sua acessibilidade para o usuário comum, indústrias e para as grandes corporações. (CAPRON, 2004).

Devido a praticidade e facilidade de armazenamento dos documentos digitais, as instituições privadas e públicas, inclusive o próprio Poder Judiciário, começaram a utilizá-los. Em 2006 foi editada a Lei n. 11.419/2006, que instituiu o Processo Eletrônico no país. Como explica Fredie Didier, Paula Braga e Rafael de Oliveira:

> [...] Essa lei, além de regulamentar a prática de atos processuais por meio eletrônico (envio de petições, comunicação dos atos processuais etc.), veio também permitir a utilização de uma nova forma de documentação desses atos, na medida em que passa a ser dispensável a sua documentação em papel, que poderá ser substituída pela documentação eletrônica. (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2013, p. 190)

A partir deste momento, o poder judiciário investiu na digitalização dos processos e adquiriu sistema próprio para o recebimento de petições por meio digital, fazendo uso diretamente dos documentos digitais no procedimento.

Segundo Ramalho e Pita (2014, p. 866), “Os avanços tecnológicos da informática justificaram um alargamento do

conceito de documento, de modo a nele albergar os registros que, mesmo desvinculados de um suporte físico, são hábeis a perenizar os fatos e idéias [sic] no futuro."

É importante que fique claro que semelhante ao documento tradicional o documento eletrônico não se resume a escritos: pode ser um texto, como também pode ser um desenho, uma fotografia digitalizada, sons, vídeos, enfim, tudo que puder representar um fato e que esteja armazenado em um arquivo digital (MARCACINI, 2011).

Por mais que o termo documento nos faça associar ao meio material, especificamente o papel, o surgimento da era das tecnologias da informação trouxe uma certa desvinculação.

Em sua obra, Theodoro Júnior (2014) classifica o documento em sentido estrito, que engloba especificamente os fatos registrados por meio da palavra escrita, e em sentido amplo, que compreende os mais diversos métodos para registrar um fato, sejam eles fotografias, desenhos, gravações, etc.

Nota-se ainda que o documento digital pode aparecer em diversos livros, artigos e demais escritos com mais de uma nomenclatura, desta forma pode ser conhecido de diversas maneiras. "O documento digital pode ser denominado como documento eletrônico ou até mesmo como documento informático, mas todos com o mesmo sentido, sendo todo o documento produzido por meio do uso do computador." (GANDINI; SALOMÃO; JACOB, 2010, p. 1015).

Neste trabalho a nomenclatura utilizada será tanto documento eletrônico como documento digital. Por sua vez o atual Código de Processo Civil, em alguns trechos que serão discutidos posteriormente, faz uso da nomenclatura de documento eletrônico.

Quando se falar em prova eletrônica far-se-á referência ao documento eletrônico que possa elucidar, comprovar ou demonstrar determinado ponto ou argumentação no processo.

De acordo com Montenegro Filho (2009, p. 409) "[...] a prova refere-se à demonstração, no processo judicial instaurado, pela parte a quem foi atribuído o ônus, da veracidade do fato anteriormente afirmado, garantindo a procedência ou a improcedência da ação". O documento probatório tem o objetivo de demonstrar a veracidade de determinado fato, com a finalidade de sustentar uma argumentação que leve ao juiz a se convencer a seu favor.

O Código de Processo Civil de 2015 em seu art. 369, aponta a prova como todo o meio que seja lícito e possa comprovar um fato necessário ao processo, ainda que não tipificado, o qual possibilita a inclusão dos documentos digitais no rol de provas.

Segundo Cabral (2011) as mesmas regras são aplicadas aos documentos tradicionais e eletrônicos. Porém sofrerão restrições e adaptações em virtude da existência de regulação parcial específica.

O Código Processual vigente, traz diversos trechos, evidenciando sobre as provas eletrônicas. O capítulo XII, por exemplo, trata das provas, na sua seção VIII, com o título "Dos Documentos Eletrônicos", são apresentados os seguintes artigos :

> Art. 439. A utilização de documentos eletrônicos no processo convencional dependerá de sua conversão à forma impressa e da verificação de sua autenticidade, na forma da lei.
>
> Art. 440. O juiz apreciará o valor probante do documento eletrônico não convertido, assegurado às partes o acesso ao seu teor.
>
> Art. 441. Serão admitidos documentos eletrônicos produzidos e conservados com a observância da legislação específica.

Observa-se que o artigo 441 deixa em aberto para que sejam criadas leis específicas que abordem as questões exclusivas à admissão da prova digital.

Neste meio tempo, o Direito Processual Civil e seus juristas, contarão com os métodos que garantem a autenticidade e integridade do documento, e regulações constituídas por: algumas leis esparsas, pela doutrina e pelo próprio Código de Processo Civil.

Nota-se que no art. 440, é concedido ao julgador o poder de determinar o valor das provas eletrônicas. Nesse sentido é importante relembrar o princípio do livre convencimento que remonta ao CPC de 1973, art. 131, in verbis : "O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento" (BRASIL, 1973). No passado as provas digitais eram aceitas ou não, de acordo com o livre convencimento do magistrado, trazendo variabilidade na aceitação da prova.

No art. 371 equivalente a este no novo CPC, há extinção literal do vocábulo livremente, como pode ser evidenciado a seguir : "O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento." (BRASIL, 2015)

Ressalta-se que o juiz já não tem mais a liberdade de não aceitar a prova digital. Ela já é uma realidade do novo contexto processual, de tal maneira que tem uma sessão só sua no código. Ainda assim, o magistrado deve analisa-la e determinar o seu valor probante de forma fundamentada, como explana o art. 371.

Ao magistrado é oportunizado o uso de seu conhecimento e experiência subjetiva nessa apreciação como é evidenciado no art. 375 do NCPC, no capítulo "Das Provas": "O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela ob-

servação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial" (BRASIL, 2015).

Para a devida valoração dessa prova alguns requisitos devem ser levados em consideração. Segundo Gandini, Salomão e Jacob (2010, p. 1024) os documento digitais devem ter três funções fundamentais que são equivalentes aos "[...] documentos tradicionais, que são a função identificativa, a declarativa e a probatória, bem como os seus três requisitos básicos, quais sejam a integridade, a autenticidade e a tempestividade". Acreditando ser essencial também demonstrar a data em que o documento foi gerado.

Porém Mariani (2012), apesar de concordar com Gandini, adiciona à lista de condições para eficácia comprobatória, a perenidade. Alegando que existem na verdade quatro requisitos básicos: autenticidade, integridade, tempestividade e perenidade. Este último assunto diz respeito ao modo de conservação do documento eletrônico com o tempo, para que este não se deteriore, deve ser bem armazenado.

É inegável que em todas as teorias, até agora abordadas destacam-se, pelo menos, os dois aspectos que Marcacini (2011, p. 532) afirma, serem necessários para emprestar força probante o documento que: "[...] a) tenha autoria identificável (autenticidade); b) que não possa ser alterado de modo imperceptível (integridade)."

Esses dois aspectos serão a base para os diversos métodos que contribuem para a validade da prova e que são empregados pelo judiciário. De acordo com Panichi (2010, p. 1253):

> Os contratos eletrônicos realizados por meio da Internet devem possuir preferencialmente certos requisitos para serem válidos ou para que eles pos-

> sam ser usados como prova, que são: a certificação eletrônica, assinatura digital, autenticação eletrônica, para manter a autenticidade e integridade do documento, conforme o meio que foi utilizado para a sua realização.

Quando o documento for digitalmente assinado não haverá necessidade de uma perícia, é como se fosse um documento tradicional assinado, que existe para provar determinado fato. Para Rezende (2013, p. 427), "A assinatura digital, assim como a convencional, procura oferecer garantias de identificação da autoria do documento à qual é aposta, como também da integridade de seu conteúdo desde o ato de sua assinatura."

Por trás da assinatura digital existe um processo específico para garantir a segurança desse sistema de autenticação chamado criptografia. Resumidamente, o processo de criptografia da assinatura ocorre da seguinte maneira: existe um documento digital a ser assinado, o signatário possui uma chave privada que é um código, que só ele tem acesso e que permite que ele assine a mensagem. Por outro lado, toda a chave privada possui um par chamado de chave pública, esta pode ser acessada por qualquer pessoa e tem o objetivo de reconhecer a originalidade da assinatura digital (KUROSE, 2006).

Cada par de chaves é único, o que garante a sua individualidade. A dupla de chaves são criadas por entidades autenticadoras, que são empresas certificadoras de assinatura, que as geram e garantem seus acessos, confirmando suas autenticidades.

A utilização da assinatura digital como meio de autenticar documentos, é relativamente antiga, e aparece pela primeira vez definida na Medida Provisória nº 2.200-2, 2001, que tem como principal função instituir a infraestrutura de chaves públicas brasileiras. Segundo Ramalho e Pita:

A autenticidade da chave pública criptográfica é assegurada, no Brasil, pela instituição de uma Infra-Estrutura [sic] de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, que funciona como verdadeiro sistema de "tabelionatos de notas digitais", atestando, por meio de sua assinatura nos certificados digitais dos usuários, que a chave pública neles contida faz efetivamente par com a chave privada do usuário. (RAMALHO; PITA, 2014, p.873)

Quando se trata de documento eletrônico a assinatura digital é um meio confiável. "Esta nova tecnologia trouxe segurança e credibilidade aos documentos gerados [...] em meio magnético, conferindo-lhes confiabilidade em relação à sua autoria e ao seu conteúdo." (TEIXEIRA, 2010, p. 1091).

É comum seu uso por pessoas jurídicas, seja para assinatura de contratos, emissão de comprovantes, para a declaração do imposto de renda e até mesmo usado pelo Poder Judiciário.

Além da Medida Provisória, houve o advento da Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que instituiu a informatização do processo judicial, mudando sua maneira de funcionar, para adequar-se ao avanço tecnológico. Em seu art. 1º, § 2º , III, a, dispôs que a assinatura digital baseada em certificado digital emitido por autoridade certificadora credenciada, na forma de lei específica é de fato identificação inequívoca do signatário.

Uma vez que o Direito Processual Civil se baseia em uma verdade formal, a veracidade que as provas e os autos apresentam para o julgador, para que este possa tomar a decisão mais justa possível. Segundo Ramalho e Pita o "[...] sistema probatório é essencialmente falível, importa sempre em um grau de incerteza que deriva da própria incapacidade humana de alcançar a verdade." (RAMALHO; PITA, 2014, p. 865.)

Por essa razão procuram-se métodos que garantam segurança e validade do documento comprobatório. Além da assinatura digital a perícia também pode trazer validade a um

documento digital. Conforme Cabral (2011, p. 669): “A prova documental, portanto, em relação aos documentos eletrônicos, estará freqüentemente [sic] ligada à prova pericial, eis que a validade e eficácia daquela somente poderá ser compreendida através de exames técnicos”.

É possível que a autoria da prova não esteja clara, ou mesmo exista desconfiança quanto a sua integridade. Então faz-se necessário cumprir perícia por meio de um perito em computação forense. “A realização da perícia se justifica quando houver necessidade de auxílio de um especialista em alguma área do conhecimento para auxiliar na formação do convencimento do juízo.” (DONIZETTI, 2014, p. 619). Nesses casos a perícia deverá ser usada para que se garanta a integridade e autenticidade do documento digital.

Não há como falar de autenticação de provas sem se remeter à originalidade do documento. “Para que o documento seja eficaz como meio de prova, é indispensável que seja subscrito por seu autor e que seja autêntico.” (THEODORO JR., 2014, p. 459).

Segundo Rezende (2013) os documentos eletrônicos tem suas cópias digitais indistinguíveis das originais. Deixa-se claro que quando se tratar de documento físico e este for digitalizado, por meio de scanner, para ser melhor armazenado, o documento original é a versão física e sua versão digital uma cópia.

Para melhorar o entendimento vamos pensar que temos uma foto digital como prova. Imagine que essa imagem ainda está na câmera digital, ao passar essa foto para o computador ela passa a ter a sua primeira cópia, e ao passar essa mesma foto para um pen drive ou CD nascerá sua segunda cópia. Se diretamente juntada aos autos e enviada por meio do sistema online do judiciário, deverá ser considerada como original. Porém se revelada e adicionada a um processo físico será considerada como cópia.

Destarte a vertente doutrinária, o artigo 439 do Código de Processo Civil de 2015, afirma a necessidade da conversão do documento digital à forma impressa para a verificação de sua autenticidade, na forma da lei. (BRASIL, 2015)

A atual legislação processual define expressamente como deverão ser admitidos os e-mails. Em seu art. 422, § 3º, expõe que a mensagem eletrônica tem aptidão para fazer prova se em conformidade com o documento original e desde que não impugnada por aquele contra quem foi produzida.

Para os documentos que são temporários na internet, existe um método autenticador chamado lavratura em Ata Notarial. É um procedimento simples que consiste em apresentar o documento digital, imagem ou texto escrito em ambiente virtual a um tabelião para que este confira e verbalize os fatos ali encontrados. De acordo com Rêgo, a lavratura de narrativa de fatos serve :

> [...] para verbalizar meios de prova orais ou visuais, testemunhados por alguém ou presenciados pelo Tabelião, mas dos quais não existam provas materiais [...] para o fim de perpetuar verbo ad verbum esse meio de prova oral ou visual ainda não verbalizado. (REGO, 2013, p. 633)

Esse método deve ser utilizado por exemplo quando por ventura ocorrerem danos à imagem por meio da internet. Principalmente em sites ou redes sociais onde é possível que as publicações sejam apagadas. Por meio de lavratura, os fatos decorridos, serão perpetuados e terão fé pública.

No Código de Processo Civil de 2015, foi reservado um espaço especial só para tratar das atas notariais, situado na seção III do Capítulo de Provas, composto do seguinte artigo:

> Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.
>
> Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial. (BRASIL, 2015)

Assim os documentos que forem narrados por Ata Notarial, em conjunto de documento digital terão poder de comprovar que determinado fato ocorreu de forma autêntica. De acordo com Cabral (2011) a cumulatividade dos processos de autenticidade pode trazer uma maior segurança à prova e eficácia no que tange a formação da convicção do magistrado.

As provas tem um papel elevado quando versam em convencer o juiz da verdade. Então quanto mais indícios de autenticidade e integridade tem um documento, mais perto estará de persuadir o magistrado.

A falta de confiabilidade é capaz de ativamente prejudicar as partes na hora do julgamento da lide. Segundo AQUINO JÚNIOR (2016, p.12) "[...] o grande desafio do operador do direito é ser flexível o bastante para adaptar seu raciocínio às novas situações e não criar obstáculos ao livre desenvolvimento da rede."

No ponto de vista de Almeida (2014, p. 5), "[...]o juiz não segue suas impressões pessoais, mas tira suas conclusões das provas colacionadas aos autos, ponderando sobre a qualidade e a força probante destas". Deixando claro que esta validação tem que ter cunho racional, não podendo em hipótese alguma, ser movida por nenhuma doutrina religiosa ou fé. Na prática, a qualidade da apreciação da prova digital pelo magistrado, é um dos principais aspectos a ser levado em conta no que concerne a valoração das evidências eletrônicas.

Como pontua Bustamante (2014), os juízes e tribunais têm uma liberdade limitada, tanto pelas regras jurídicas, quanto pela racionalidade, na medida em que devem seguir um procedimento racional de verificação dos fatos.

Por esse motivo é importante destacar, que a materialidade da norma é de grande relevância, mesmo que haja certa dependência de ordem subjetiva do magistrado, toda sentença deve ser fundamentada, e essa fundamentação deve atender critérios definidos em normas existentes no ordenamento jurídico.

Ou seja, quanto mais os procedimentos relativos aos documentos digitais estejam tipificados em lei, mais existirá uma valoração uniforme e coerente desta prova.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, concluímos que independentemente do Código de Processo Civil ter tipificado em seu escopo, algumas normas referentes aos documentos eletrônicos, ainda que estas tenham seus elementos de aceitação e valoração definidos pela doutrina, em leis esparsas e na própria legislação processual, resta de certa forma ao julgador a decisão sobre a valoração destas provas.

Destarte, os magistrados ao aceitar a prova digital, deverão se ater a alguns elementos probatórios essenciais para sua valoração. São estes: os indícios de integridade, que buscam identificar o local onde o documento foi criado e se ele permaneceu probo desde do início, e os indícios de autoria, que tem como objetivo determinar o criador ou gerador do documento, assim como daqueles que o assinaram.

Alguns documentos eletrônicos ao serem criados já trazem consigo alguns elementos citados anteriormente, como é o caso da assinatura digital, que é um método que tem a mesma força probatória da assinatura tradicional, desde que

seja conferida a autenticidade pelo órgão responsável (segurança da integridade) e que tenha sido efetivamente assinado pelo usuário (segurança da autoria).

Ademais quando não se puder garantir a integridade ou a autoria de um documento digital, por exemplo no caso do dano moral ocorrido por meio virtual que pode ser deletado à qualquer momento, a parte poderá se dirigir ao tabelião para que este registre os fatos ocorridos por meio de ata notarial que terá fé pública, comprovando que o acontecimento efetivamente ocorreu, sendo esta prova amplamente aceita no processo, uma vez que sanaria os possíveis defeitos que poderiam ocorrer.

Se a evidência virtual, de alguma maneira trouxer dúvida quanto aos requisitos de autoria e integridade, poderá o juiz recorrer à expertise de um perito para que este, possa assegurar se são efetivamente atendidas estas qualidades, para que as provas sejam proporcionalmente valoradas.

Não obstante, a legislação ainda tem muito para melhorar, quando se trata de situações ligadas ao meio digital. Porém já são percebidos tímidos avanços, como a criação de algumas normas no Código Processual Civil de 2015, caso da seção de documentos eletrônicos e o artigo 422 que trata da força probante dos documentos.

Os reflexos que a positividade das normas, que regem as provas digitais, provocam no contexto social é enorme, pois ao prever de forma expressa a aceitação de documentos eletrônicos como meios probatórios, garantem o efetivo exercício da justiça.

Principalmente no tocante ao direito processual, que por ser baseado na verdade formal, implica em uma maior importância no que se refere ao papel das provas em relação à argumentação jurídica e resolução da lide.

Apesar de não mais se discutir a aceitação de provas digitais, uma vez que isso foi garantido pelo CPC de 2015, no que

tange à sua valoração pelo juiz, ela deve ser analisada como qualquer outro instrumento probatório físico, ou seja, baseada no convencimento e motivação do magistrado.

A expectativa é que o progresso tecnológico continue ocorrendo, e que os indivíduos fiquem cada vez mais envolvidos com o meio digital. A única maneira da verdade formal se aproximar da verdade dos fatos é considerando as interações humanas presentes no mundo cibernético, pois sem isso, o direito se distanciará cada vez mais da eficácia da justiça.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, V. L. DE. A apreciação judicial da prova nos sistemas de valoração. **Jurisprudência Mineira.** Belo Horizonte, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, v. 65, n. 208, 2014.

AQUINO JÚNIOR, G. F. **Globalização, Internet e Comércio Eletrônico**. Disponível em: <http://www.marcosehrhardt.adv.br/index.php/artigo/2015/09/05/globalizacao-internet-e-comercio-eletronico>. Acesso em: 12 jun. 2016.

BRASIL. **Lei n. 5.859**, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil, Palácio do Planalto – Presidência da República, Disponível em : < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em : 13 jun. 2016.

________ . **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015, que institui o Código de Processo Civil. Palácio do Planalto – Presidência da República. Disponível em : < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.Acesso em: 13 jun. 2016.

BUSTAMANTE , E. N. G., **A valoração racional das provas no processo judicial**: uma aproximação do tema. Hermenêutica [Recurso eletrônico on-line] XXII Encontro Nacio-

nal do CONPEDI / UNINOVE. 1ed.Florianópolis: Funjab, 2014, v. 1, p. 407-428.

CABRAL, A. DO P. A eficácia probatória das mensagens eletrônicas. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. [s/l]: [s.n], 2011. v. 4.

CAPRON, H. L.; JOHNSON, J. A. **Introdução à Informática**. 8. ed. São Paulo. Pearson Prentice Hall, 2004.

DIDIER JR, F.; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. **Curso de Direito Processual Civil.** 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. v. 2.

DINIZ, D. M. **Documentos Eletrônicos , Assinaturas Digitais**: Um Estudo Sobre A Qualificação Dos Arquivos Digitais Como Documentos. Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil. 2011. v. 8.

DONIZETTI, E. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 18. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2014.

GANDINI, J. A. D.; SALOMÃO, D. P. S.; JACOB, C. A validade jurídica dos documentos digitais. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. 2010. v. 5.

KUROSE, James F.; ROSS Keith W. **Redes de computadores e a Internet:** uma abordagem top-down. 3.ed. São Paulo: Pearson Addison Wesley, 2006.

MARIANI, R. G. O documento eletrônico como meio de prova no processo civil. **Revista Eletronica**, Artigos Jurídicos e direito em debate, v. 3, n. 1, 2012.

MARCACINI, A. O documento eletrônico como meio de prova. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**, 2011. v. 4.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e do processo de conhecimento. 5. ed., 2.reimpr. São Paulo: Atlas, 2009. v.1.

PANICHI, R. A. G. Meios de prova nos contratos eletrônicos, realizados por meio da internet. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**, 2010. v. 5.

RAMALHO, L. V. S.; PITA, F. A. A nota fiscal eletrônica e sua validade jurídica como meio de prova no Processo Civil Tributário. **Doutrinas Essenciais de Direito Tributário**, 2014. v. 11.

RÊGO, P. R. DE C. Documento Digital: Autenticação Notarial Ou Ato De Registro?. **Doutrinas Essenciais de Direito Registral**, v. 7, 2013.

REZENDE, P. A. D. DE. Certificados Digitais , Chaves Públicas E Assinaturas O Que São , Como Funcionam E Como Não Funcionam. **Doutrinas Essenciais de Direito Registral**, v. 7, 2013.

TEIXEIRA, R. V. G., Documento Eletrônico Como Prova No Procedimento Monitório. **Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**, v. 5, 2010.

THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de direito processual civil:** teoria geral do direito processual civil e processo do conhecimento. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 1.

A REMUNERAÇÃO DO MEDIADOR JUDICIAL NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: DESAFIOS E PERSPECTIVAS A PARTIR DO PANORAMA LEGAL E DA PESQUISA EMPÍRICA

Joaquim Leonel de Rezende Alvim
Thais Borzino Cordeiro Nunes

INTRODUÇÃO

O presente artigo apresenta resultados parciais de pesquisa em andamento, desenvolvida no Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, no âmbito do projeto de pesquisa "*Uma Análise Empírica sobre a Formação do Mediador: da Universidade ao Campo de Trabalho*". No presente trabalho, pretende-se tratar de questões relativas à remuneração dos mediadores judiciais no Brasil e, mais especificamente, analisar o caso do estado do Rio de Janeiro.

O projeto e o presente artigo são desenvolvidos a partir de duas metodologias de pesquisa. A pesquisa bibliográfica, através de leitura e análise de leis e resoluções dos Tribunais e de textos sobre mediação, mediadores e sociologia das profissões. E a pesquisa empírica, de cunho qualitativo, a partir

de duas vertentes: (1) observações feitas nas atividades desenvolvidas em um Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) no âmbito do estado do Rio de Janeiro e (2) entrevistas com os mediadores judiciais que atuam nos CEJUSCs, de forma semi-estruturada.

A mediação pode ser abordada a partir de diferentes vertentes que, não obstante a existência de diferenças e disputas de sentido e significado entre elas, podem ser agrupadas a partir de uma representação geral em torno de uma referência ampla de um meio alternativo de solução de conflitos em que um terceiro imparcial auxilia as partes (mediandos) para que estas possam restabelecer o diálogo e solucionar o conflito existente entre elas e tentem chegar a um acordo. No Brasil, a mediação judicial ganhou maior importância no ano de 2015, a partir da publicação do Código de Processo Civil e da Lei de Mediação. Anteriormente, a mediação era regulamentada pela Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a qual instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

O que se percebe, portanto, é um crescente interesse do Poder Público, especialmente o Poder Judiciário acerca da utilização da mediação para solução de litígios. Desta forma, estudos e pesquisas sobre o mediador judicial constituem-se como uma das variáveis importantes para a compreensão dos rumos atuais da mediação judicial, visto que ele será um dos atores principais nesse cenário emergente de constituição de um possível novo campo de atividade funcionalmente diferenciada (mediação judicial) no espaço do Poder Judiciário.

No presente trabalho, pretende-se fazer uma discussão acerca da remuneração do mediador judicial, a partir de normativas legais, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e da pesquisa empírica.

1. METODOLOGIA DE PESQUISA

O presente trabalho foi desenvolvido por meio da análise das leis, especialmente das Resoluções internas dos Tribunais que cuidam da remuneração dos mediadores judiciais. Ademais, também compõe a pesquisa a leitura de textos acerca da mediação no Brasil (com enfoque na atividade profissional do mediador) e sobre sociologia das profissões. Foi desenvolvida também uma pesquisa empírica de cunho qualitativo, com observação do campo de funcionamento da mediação e realização de entrevistas com os mediadores, a partir de perguntas semi-estruturadas, mas deixando-os livres para que possam contribuir com novos temas que surjam durante a entrevista.

A pesquisa de campo teve início em março/2017 e até o presente momento (maio/2017) foi realizada com os funcionários e mediadores que atuam em um Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) na região metropolitana do estado do Rio de Janeiro, o qual será denominado de Centro de Solução de Conflitos da Comarca de Azul (sorteio entre nome de cores). No âmbito desse CEJUSC foram entrevistadas dez mediadoras, com entrevistas formais, a maioria delas sendo autorizada a gravação. Para além da atuação nos CEJUSCs, foram entrevistadas mais três mediadoras através de contatos acadêmicos (mediadoras que já atuaram junto ao Tribunal de Justiça e uma mediadora extrajudicial).

O trabalho empírico segue padrões de pesquisa e normas éticas e um grande dilema do pesquisador é sobre a identificação ou não de seus interlocutores e de seu campo de atuação. Na presente pesquisa e, consequentemente, no presente artigo optou-se por não identificar os interlocutores e de não identificar o CEJUSC, apontando apenas a localização geográfica dentro do estado do Rio de Janeiro.

Para o presente artigo serão utilizados os dados colhidos durante essa pesquisa de campo e mais especificamente de cinco mediadoras entrevistadas (quatro judiciais e uma extrajudicial), cujo material já pode ser degravado e analisado. Para tanto, o nome das mediadoras foi suprimido, sendo substituído por sorteio entre nomes de países para facilitar a retenção de informações, visto que somente numerar (exemplo: Mediador 1, Mediador 2, etc) não permite uma boa fixação das ideias.

Desta feita, o presente artigo trará, juntamente com a análise normativa do tema, as impressões pessoais das mediadoras acerca da regulamentação e remuneração de mediadores no âmbito do estado do Rio de Janeiro.

2. O PANORAMA ATUAL DA REMUNERAÇÃO DOS MEDIADORES JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS NO BRASIL

Atualmente nos Tribunais de Justiça em que estão instalados os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUMPEMEC) e os Centros Judiciários de Solução de Conflito e Cidadania (CEJUSC) o trabalho do mediador judicial é exercido de forma voluntária, sendo certo que não há qualquer ajuda de custo para que os mediadores possam desempenhar seu trabalho.

A fim de tentar regulamentar tal questão, o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), com vigência a partir de março/2016 trouxe a seguinte disposição com relação à remuneração dos mediadores:

> Art. 169. Ressalvada a hipótese do art. 167, § 6º[22], **o conciliador e o mediador receberão pelo seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada**

22. A exceção descrita no *caput* do artigo refere-se à possibilidade de realização de concurso público para contratação de mediadores e conciliadores.

> **pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça**.
>
> § 1º **A mediação e a conciliação podem ser realizadas como trabalho voluntário**, observada a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal. (grifos nossos)

Assim, o que se percebe é que o Código se eximiu de resolver uma questão de grande importância para os mediadores, já que o dispositivo acima deixa a cargo dos Tribunais a opção de remunerar aqueles. É uma situação muito delicada considerando que a maior parte dos mediadores tem outra profissão, remunerada, da qual retiram seu sustento e, em sendo a mediação um trabalho voluntário, acaba sendo deixada em "segundo plano".

A Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), a seu turno, somente dispôs que:

> Art. 13. A remuneração devida aos mediadores judiciais será fixada pelos tribunais e custeada pelas partes, observado o disposto no § 2º do art. 4º desta Lei[23].

A fim de tentar regulamentar o Código de Processo Civil e a Lei de Mediação, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) atualizou a Resolução nº 125/2010 através da Emenda nº 02 de 08.03.2016[24], que trouxe os seguintes dispositivos:

> Art. 6º Para desenvolvimento dessa rede, caberá ao CNJ: (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13)

23.Art. 4º O mediador será designado pelo tribunal ou escolhido pelas partes.
(...)
§ 2º Aos necessitados será assegurada a gratuidade da mediação.

24. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>.

(...)

XI - **criar parâmetros de remuneração de mediadores, nos termos do art. 169 do Novo Código de Processo Civil;** (Incluído pela Emenda nº 2, de 08.03.16)

Art. 7º Os tribunais deverão criar, no prazo de 30 dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Núcleos), coordenados por magistrados e compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras: (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16)

(...)

VIII - **regulamentar, se for o caso, a remuneração de conciliadores e mediadores, nos termos do art. 169 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 13 da Lei de Mediação.** (Incluído pela Emenda nº 2 de, 08.03.16) – grifos nossos

Assim, observa-se que há uma tentativa do Conselho Nacional de Justiça em normatizar o pagamento dos mediadores a nível nacional, sendo certo que os Tribunais locais deverão se adaptar às regras propostas por aquele órgão. Nesse sentido, em maio/2016 a Comissão Permanente de Acesso à Justiça e Cidadania do CNJ aprovou a minuta que define os critérios da remuneração de mediadores e conciliadores judiciais[25]. Foi decidido que:

"Na forma atual, a **minuta prevê cinco níveis remuneratórios**. Caberá ao próprio facilitador, no

25. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82339-comissao-do-cnj-aprova-minuta-de-resolucao-sobre-pagamento-de-mediadores>. Acesso em 01 set. 2016.

> Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores, indicar em qual das faixas deseja atuar. **O primeiro patamar prevê atuação voluntária. Seguem depois quatro níveis de remuneração: o básico, o intermediário, o avançado e o extraordinário**. Nesses, serão aplicados valores previstos em tabela própria, em discussão. Já no patamar extraordinário, o mediador negocia a remuneração diretamente com as partes." (grifos nossos)

Com relação aos Tribunais, foi estipulado que:

> "**A minuta prevê que os tribunais possam ajustar os valores previstos na tabela para atender à realidade local, em linha com a Lei de Mediação**. (grifos nossos)

Desta forma, percebe-se que há uma sinalização para a regulamentação uniforme da remuneração em âmbito do Conselho Nacional de Justiça. Embora realmente seja de grande importância a regulamentação por leis ou resolução sobre o tema, é importante destacar que não é só apenas com a "lei" que será alterada a realidade enfrentada pelos mediadores. Esse é um tipo de representação e crença típica do campo do direito, no qual a lei seria, por si só, elemento "puro" de enquadramento, formatação e adequação da realidade social. É certo que diferentes variáveis compõem essa fabricação do social em torno de diferentes aspectos da mediação (a remuneração é um deles), envolvendo elementos da cultura da sociedade, do pensamento, das representações e práticas dos dirigentes dos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo, entre outros.

A questão da remuneração deverá passar por caminhos difíceis de orçamento público e inclusão na Lei de Diretriz

Orçamentária e na Lei Orçamentária Anual. Atualmente há de se considerar também a grave situação pela qual passa o Estado brasileiro como um todo, nos três âmbitos federativos, o que deve dificultar ainda mais a aprovação de projetos para a remuneração dos mediadores.

3. A PROPOSTA ELABORADA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇADO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (TJERJ)

Em consequência das leis federais e das normas estipuladas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), alguns Tribunais de Justiça estaduais começaram a criar normativas não somente sobre a remuneração dos mediadores judiciais, mas também sobre os cursos de capacitação, formas de cadastro, entre diversos itens que devem ser regulamentados pelos Tribunais a partir da importância dada à mediação.

No Estado do Rio de Janeiro, com relação à regulamentação da remuneração dos mediadores judiciais, o Tribunal de Justiça publicou o Ato Normativo Conjunto TJ/CGJ nº 73/2016 do TJRJ, o qual foi publicado em 16.03.2016. Por meio deste Ato Normativo, foi determinado que:

> Art. 10. Os conciliadores e mediadores judiciais serão remunerados por sua atuação em cada processo em que realizado e homologado o acordo judicial, **exceto** nos casos em que ao menos umas das partes seja beneficiária de gratuidade de justiça e nos processos de Juizados Especiais Cíveis, Criminais e Fazendários, hipóteses em que não haverá remuneração.
>
> §1º **A remuneração** dos conciliadores judiciais será de R$ 10,00 e dos **mediadores de R$ 20,00por cada processo realizado e que seja homologado acordo**

> **judicial**, não havendo remuneração nos casos indicados no *caput*.
>
> §2º. A remuneração somente ocorrerá em processos ajuizados após 18/03/2016 e **quando houver prévio recolhimento do valor destinado ao custeio da despesa.**
>
> § 3º.**Nos casos em que houver designação de mais de um conciliador ou mediador judicial, o valor da remuneração será rateado entre eles.** (grifos nossos)

Portanto, o que se observa no âmbito do Estado do Rio de Janeiro é que houve uma previsão de remuneração, mas que é mínima perante os gastos que os mediadores têm para, por exemplo, ir e voltar ao CEJUSC.

Além de o valor "integral" já ser mínimo, prevê o Ato Normativo que sempre haja uma equipe de dois mediadores em cada sessão, os quais devem trabalhar em co-mediação. Isto também foi verificado durante a pesquisa de campo: a coordenação do CEJUSC sempre organiza a sessão de mediação com ao menos dois mediadores, que trabalham em co-mediação.

Assim, seguindo esse procedimento, cada mediador receberá o valor de R$ 10,00 (dez reais).

Como dito, este valor não auxilia nem mesmo o deslocamento dos mediadores para ir e voltar do CEJUSC, visto que no âmbito do estado do Rio de Janeiro, por exemplo, o transporte público tem os seguintes valores: ônibus urbano do município do Rio de Janeiro = R$ 3,80; Barcas (Rio de Janeiro – Niterói) = R$ 5,90; Trem Urbano = R$ 4,20; Metrô = R$ 4,20[26].

Vale ressaltar, ainda, que a resolução determina que os mediadores somente receberão o valor do acordo se a parte

26. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/02/23/tarifa-do-metro-no-rio-vai-subir-para-r-430-em-abril.htm>. Acesso em 23.05.2017.

não foi beneficiária da justiça gratuita. Assim, se a parte tiver que pagar as custas judiciais, deverá recolher a guia de pagamento para a sessão de mediação/conciliação no valor de R$ 35,39 (trinta e cinco reais e trinta e nove centavos)[27].

É certo que o serviço prestado de forma voluntária e a previsão da Resolução do Tribunal causa estranheza e reações dos atores sociais envolvidos no campo, conforme se verá adiante.

4. A QUESTÃO DO VOLUNTARIADO: PERSPECTIVAS EMPÍRICAS A PARTIR DA VISÃO DOS MEDIADORES JUDICIAIS

A utilização da mediação como forma de solução de conflitos no Brasil ainda é recente e a regulamentação da mediação judicial ganhou mais importância com a publicação do Código de Processo Civil e da Lei de Mediação, os quais modificaram algumas normas da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça.

Com relação à remuneração do mediador, tema do presente trabalho, atualmente verifica-se que a atuação dos mediadores judiciais no Brasil é voluntária, não havendo contra-partida financeira pelo trabalho realizado.

De fato, o que se tem são tentativas de regulamentação do tema, sendo certo que no âmbito do estado do Rio de Janeiro, o mediador judicial ainda é voluntário e há uma Resolução interna do Tribunal prevendo o pagamento do valor de R$ 20,00 (vinte reais) pela mediação realizada com acordo homologado pelo juiz.

Através da pesquisa empírica, com entrevistas com mediadores que atuam no Tribunal de Justiça e com uma mediadora particular, pode-se observar que há um desconforto com essa situação. Sobre o valor estipulado pelo Tribunal, a mediadora Alemanha destaca que:

---

27. Disponível em: <http://cgj.tjrj.jus.br/documents/1017893/3111246/novas-custas-jud-29-12-2016.pdf>. Acesso em 23.05.2017.

Mediadora Alemanha

> "Vale muito a pena estar aqui... porque senão já tinha caído fora...
>
> **Dinheiro aqui você não ganha... e você também não vai sobreviver com os 20,00 reais... que o CNJ (TJRJ) quer estabelecer**. E o que é pior... as partes do processo pagam 35,00 para as custas (no TJRJ)... Como que repassam para o mediador 20,00 ou 25,00?
>
> Repassa não... que até hoje não repassou para ninguém... Entendeu?" (grifos nossos)

A mediadora Austrália demonstra preocupação caso o valor deva ser dividido para além dos co-mediadores também para os observadores:

Mediadora Austrália

> "Então eu não sei... Não sei quais são os planos que o Tribunal de Justiça tem para a gente. **Já houve uma resolução aí que seria em torno de R$ 20,00, né, mas enfim... se você fechar um acordo, independente das sessões, R$ 20,00, para dividir... se for só dois mediadores, R$ 10,00 para cada um. Se a equipe estiver completa, porque nem sempre temos os dois observadores, seria R$ 5,00 para cada um. Às vezes você faz duas, três sessões de três horas. Quer dizer, é desanimador né?"** (grifos nossos)

A mediadora Marrocos afirma que é preferível se manter como voluntária do que receber o valor proposto pelo Tribunal:

Mediadora Marrocos

> Entrevistadora – e o que você acha dessa questão da falta de remuneração?
>
> M – é injusto, né? Porque na verdade a gente está trabalhando de graça em benefício do Tribunal, que tem toda uma arrecadação, que aí eu não sei se é pouca, se é muita... mas enfim, a gente está trabalhando lá em nome do Tribunal.
>
> (...)
>
> **Agora, pelo valor que foi colocado disponível para a gente, eu também prefiro não ganhar nada, porque é um desrespeito, né?**
>
> **Ou faz a coisa direito, ou não faz. Então, deixa a gente trabalhar como voluntário, prefiro assim.** (...)
>
> Agora, estão dizendo... é aquela história, né? Estão dizendo isso, estão dizendo aquilo... mas efetivamente... o que tem aí é irrisório." (grifos nossos)

A mediadora Japão chama atenção para o fato de que a lei determinou o pagamento dos mediadores judiciais:

> **Mediadora Japão (Mediadora privada)**
>
> "Basicamente é isso. Eu nunca mediei como voluntária, **mas eu acho um absurdo o voluntariado, acho que não tem o menor cabimento, e acho que agora, com a previsão legal, menos ainda**. (...)
>
> **Mas seja como for, do meu ponto de vista, é um serviço, que as pessoas deveriam, por previsão legal, pagar por ele, entendeu?** Agora, é claro, quem é hipossuficiente, aí vai se valer da mediação ou desses convênios ou dos 20% das Câmaras, que tem que ser *pro bono.*" (grifos nossos)

A questão da remuneração dos mediadores judiciais também deve ser vista não só pelo exercício da função, mas sim por ser uma atividade que demanda sempre estudos e atualização e melhoria das técnicas de mediação. Por meio das entrevistas com os mediadores foi um assunto recorrente a vontade de estudar e se aprimorar cada vez mais na profissão de mediador. A mediadora Alemanha conta:

> Mediadora Alemanha
>
> "**Eu faço uma pós na UCAM em mediação de conflitos – formas adequadas de solução de conflitos. Eu pago lá essa pós** (...) Eu gosto de estudar.... então eu gosto de reservar dias só para estudar. Eu não só trabalho.... eu trabalho e estudo.... e se eu só trabalhar, eu não vou estudar... Porque eu quero passar para o mestrado, então eu estou estudando para o mestrado. **Eu quero avançar mais na minha profissão e na pesquisa**." (grifos nossos)

A mediadora Austrália chama atenção para o custo dos cursos e atividades particulares, que tem custos elevados:

> Mediadora Austrália
>
> "Quando terminou o curso teórico, foi passado para a gente uma perspectiva de trabalho, enfim. **E o ano passou, a gente correu atrás, e a qualificação é muito cara, né, os cursos são muito caros**." (grifos nossos)

A mediadora Marrocos corrobora:

> **Mediadora Marrocos**
>
> "E **aqueles que são comprometidos com o trabalho, têm um gasto muito alto... você vê, são livros, são**

cursos.... eu no caso faço uma pós-graduação, e aí você tem que comprar mais livros.” (grifos nossos)

A mediadora Suécia, afirma que:

Mediadora Suécia

“**Mas a gente estuda, a gente se especializa... A gente está sempre fazendo um curso de especialização e o trabalho é voluntário...** Essas horas de observação, por exemplo, elas são obrigadas, obrigatórias.

Então quer dizer, no fundo, será que a gente vai ter um retorno disso que estamos investindo?

A minha dúvida é essa... em relação a isso. **Porque a gente está acreditando e está esperando que realmente seja reconhecida a profissão, enquanto profissão.”** (grifos nossos)

A mediadora Suécia também chama atenção para o fato de que há um gasto grande não só com cursos e livros mas também com o dia-a-dia da presença dos mediadores no CEJUSC (transporte, alimentação). E ademais, também para o fato de dividir as tarefas de mediador com a profissão de origem, da qual ela extrai sua remuneração mensal:

Mediadora Suécia

“**Mas o que desanima às vezes é como as coisas são colocadas.... porque realmente você paga. O gasto é grande. Você paga estacionamento, alimentação. Às vezes eu deixo de trabalhar para estar aqui...** eu estou aqui o dia inteiro.... estou aqui desde 14h e eu vou até a hora que terminar a próxima sessão.” (grifos nossos)

Essa questão da preocupação de divisão de tempo e tarefas também aparece para outros mediadores. A mediadora Austrália, por exemplo, cita que seria bom se os mediadores pudessem se dedicar exclusivamente à mediação:

> **Mediadora Austrália**
>
> "Então às vezes, o tempo que estou aqui me dedicando, apesar de eu gostar, é um tempo que eu perco.... deixo de trabalhar, deixo de ganhar dinheiro. E infelizmente ninguém vive só de voluntariado. **Seria muito bom que a gente pudesse estar se dedicando a esse trabalho, sem se preocupar em ter que trabalhar fora para sobreviver. Porque o voluntariado não paga conta de ninguém**." (grifos nossos)

A mediadora Marrocos corrobora esse pensamento:

> **Mediadora Marrocos**
>
> "E até já falei isso, **se me pagasse metade do que eu recebo, eu trabalharia aqui, porque é o que eu gosto de fazer. Mas infelizmente a gente tem que pagar as contas**, então eu vejo meu foco é dar aula." (grifos nossos)

Visando possíveis soluções para a questão da ausência e/ ou baixa remuneração prevista, as mediadoras indicam o concurso público como uma solução mais certa e adequada, e o mediador passaria a ser um funcionário dentro do Tribunal.

> **Mediadora Marrocos**
>
> "Olha o que tinha colocado pra gente, era que seria trabalhado para se ter um concurso, né?

> **Porque inclusive para você trabalhar em um órgão publico tem que ser por concurso. Mas por enquanto, nem uma coisa, nem outra, né?**
>
> **Aí uns dizem que talvez a gente fosse equiparado ao que hoje é o juiz leigo... que também é um concurso, mas por um tempo determinado**.
>
> Enfim, como eu acho que é algo ainda muito novo, né, está tendo muitas suposições.... 'ah se fizermos isso, se fizermos aquilo'; 'qual o caminho melhor para o Tribunal?'. Então acho que de concreto mesmo, ninguém pode afirmar nada." (grifos nossos)

A mediadora Austrália sugere concurso público ou outra forma de remuneração justa e adequada aos serviços prestados pelo mediador.

> **Mediadora Austrália**
>
> "Então a perspectiva era de que houvesse remuneração, de uma forma ou de outra, **ou através de concurso público... Ou através de... tipo hoje como é o perito né? Perito judicial, contador, enfim**."

As mediadoras também se mostraram receosas quanto ao futuro da mediação judicial, caso permaneça o quadro atual de falta de perspectiva de valorização do trabalho do mediador e de ausência/baixa remuneração. A mediadora Austrália disse que:

> Mediadora Austrália
>
> "Então eu percebo que essa questão da indefinição em relação a como vai funcionar a remuneração, como é que os mediadores vão ser considerados, se vai ter um dia concurso, se o Tribunal vai criar

esse cargo, enfim... **eu vejo que as pessoas estão começando a se desanimarem.**

Então, quem já está há um tempo nessa estrada, começa a desanimar, e aí eles estão colocando gente nova, para continuar tendo voluntário. Então eu não sei até onde isso vai ser, não vai, entendeu? Porque a gente não tem essas informações, né." (grifos nossos)

A mediadora Japão manifestou sua preocupação, visto que há uma tendência de rotatividade da atuação dos mediadores, não havendo uma equipe "fixa" de mediadores, o que descaracteriza a mediação no âmbito dos CEJSUCs:

Mediadora Japão (mediadora privada)

"Mas eu não acho não que deveria voluntário, acho que isso faz com que o fluxo de mediadores... **Os mediadores estão sempre se renovando, porque ninguém dá conta de ficar trabalhando de graça para sempre e isso faz com que a gente perca essa continuidade, vai ajudando a ter uma identidade, entendeu?** Então cada CEJUSC devia ter uma identidade ou o NUPEMEC deveria estimular os seus vinte e tantos CEJUSCs a terem uma mesma identidade... **e isso passa por uma consistência no trabalho.**

Se eu faço mediação por 06 meses, e vou embora, aí vem outro, aí vem outro... E depois assim, eu acho que o voluntariado nunca tem o mesmo comprometimento... é claro que tem pessoas incríveis, mas normalmente é uma natureza de comprometimento diferente, então **acho que a própria lei previu re-**

muneração, então não tem o menor cabimento se manter assim." (grifos nossos)

Por outro lado, há também o ganho "imaterial" que o trabalho de mediador traz para as mediadoras. A mediadora Alemanha indica que o ganho principal de exercer a mediação – mesmo de forma voluntária – no âmbito do Tribunal de Justiça é o conhecimento adquirido com toda essa experiência:

Mediadora Alemanha

"O Tribunal dá a parte prática... E aqui é como o Miguel Couto, o Souza Aguiar, o Antônio Pedro[28]. **Em questão de prática de mediação, isso aqui para mim é riquíssimo.E se eu estou aqui, é porque é rico... é um aprendizado constante.** (grifos nossos)

Outras mediadoras apontaram que sua motivação é por gostar de praticar a função de mediador e acreditar no instituto da mediação:

Mediadora Marrocos

"Então nisso tudo você almeja uma melhor qualidade de vida. E você trabalhando isso com cada indivíduo, isso vai ter um reflexo na sociedade como um todo. Lógico que é um trabalho a longo prazo, mas tem que começar por algum lugar

E eu particularmente adoro fazer a mediação.... tanto que a gente trabalha de graça, né...

28. Hospitais públicos dos municípios do Rio de Janeiro e Niterói:
Hospital Miguel Couto (município do Rio de Janeiro)
Hospital Souza Aguiar (município do Rio de Janeiro)
Hospital Universitário Antônio Pedro (federal, vinculado à Universidade Federal Fluminense)

(...)

E a mediação preza por esses princípios... **eu sou fã de carteirinha**." (grifos nossos)

Mediadora Suécia

"Mediação foi uma coisa que realmente, eu cheguei e fui fazer o curso... o curso estava aberto, eu me interessei... fui ver do que se tratava... e eu acredito, acredito na mediação. **Acredito nesse sistema jurídico diferente... que não é aquele baseado no juiz, uma terceira pessoa, e acabou**.

(...)

Mas eu estou aqui, voluntariamente, igual a ela. É uma doação... eu estou doando meu tempo para uma pessoa. Eu sinto que posso ajudar. Então o meu ponto de vista é esse." (grifos nossos)

Mediadora Austrália

"**Mas eu acredito muito na mediação**. Eu acho que... a gente até aprende isso na parte teórica, que o juiz, ele resolve o Direito." (grifos nossos)

Assim, embora as mediadoras continuem a exercer a profissão de forma voluntária, não havendo retorno financeiro, elas demonstram que há outros motivos ligados à sua atividade, questões "imateriais" que também podem ser consideradas como um ganho para a atuação em mediação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, a regulamentação da remuneração do mediador judicial ainda é recente e não encontra concordância entre as leis, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais estaduais. O Código de Processo Civil trouxe disposição ambígua sobre

o tema, afirmando que o mediador judicial pode ser remunerado, ou pode atuar de forma voluntária. A Lei de Mediação delega o pagamento do mediador às partes, não prevendo a situação de gratuidade de justiça. O CNJ, por sua vez, propõe uma tabela de pagamento, de acordo com o nível do mediador.

No caso do Rio de Janeiro, o Tribunal prevê o pagamento através do recolhimento de custas, um valor mínimo, que evidentemente encontra-se vinculado a uma incompatibilidade com os gastos dos mediadores para o exercício da sua função (deslocamento, atualização com leituras de obras, etc.) e ilustra uma posição valorativa negativa com relação à importância dessa atividade.

No campo prático, através da pesquisa empírica, observou-se que as mediadoras consideram o valor oferecido pelo Tribunal injusto, até porque a regra do é a atuação em co-mediação, então cada mediador receberia apenas R$ 10,00. É certo que todas as mediadoras que foram entrevistadas falaram que estão sempre estudando e se atualizando, muitas fazem pós-graduação e todos os gastos são suportados por elas por meio de outras atividades laborais que exercem.

Ademais, as mediadoras também destacaram os gastos que têm com transporte e alimentação, por exemplo, e que o tempo que estão atuando de forma voluntária na mediação, estão deixando de atuar na profissão que lhes dá o retorno financeiro para sustentar a si e suas famílias.

As mediadoras também demonstraram interesse de que a atividade do mediador fosse bem remunerada, para que pudessem se dedicar de forma exclusiva àquela atividade. Também demonstraram preocupação com a mão-de-obra voluntária, que pode gerar rotatividade de mediadores atuando no CEJUSC, o que prejudica a implementação de uma política de mediação adequada.

Por fim, as mediadoras demonstram que mesmo com todas essas dificuldades, o exercício do mediador traz diversos ganhos “imateriais”, tais como a experiência prática e quase diária da mediação e a esperança de pacificação e de modificação comportamental dos mediandos.

É certo, portanto, que a questão da remuneração dos mediadores não se resolve somente por meio de uma lei, pois vincula-se a questões mais amplas da cultura na sociedade brasileira, especialmente no Poder Judiciário, já que esse tema pode comportar uma aparente contradição entre uma valorização da mediação nos discursos e na orientação de políticas públicas no âmbito do funcionamento do Poder Judiciário e práticas que não são compatíveis com essa possível valorização e implementação da mediação de forma adequada, bem como com a valorização do mediador como responsável pela credibilidade da mediação perante os advogados e os mediandos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Tania; JONATHAN, Eva; PELAJO, Samantha (Coord.). *Mediação de Conflitos para Iniciantes, Praticantes e Docentes*. Salvador: Jus Podivm, 2016.

BONELLI, Maria da Glória. *Profissionalismo e política no mundo do direito.* São Carlos: EdUFSCar / Editora Sumaré, 2002.

BRASIL. *Lei nº 13.105/2015 – Institui o Código de Processo Civil.* Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm >. Acesso em 01 mar. 2017.

________. *Lei n° 13.140/2015 – Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre aautocomposição de conflitos no âmbito da*

administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em 01 mar. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 125/2010 – Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências*. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em 01 mar. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Normatização sobre Mediação e Conciliação*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/mediacao1>. Acesso em 01 mar. 2017.

MEIOS DE RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS: UMA ANÁLISE DAS DEMANDAS DO POSTO DO PROCON COM ATENDIMENTO NO CENTRO UNIVERSITÁRIO MAURÍCIO DE NASSAU, EM MACEIÓ, ALAGOAS

Sidiney de Melo Duarte Junior

INTRODUÇÃO

Visto o abarrotamento funcional o qual se encontra o Poder Judiciário, surgem, como meio de resolução de tal problema, as formas de resolução de conflitos em caráter extrajudicial. Como já mencionado, a Mediação e Conciliação servirão de base teórica para o estudo das demandas apontadas *a posteriori*.

Acerca dos supracitados institutos foi realizada uma revisão bibliográfica tendo como fonte de pesquisa a obra de Direito Processual Civil, do jurista Freddie Didier Jr, que com maestria esclarece a temática, assim como o saudoso Misael Montenegro Filho, com seu Curso de Direito Processual Civil.

O objeto de pesquisa foi escolhido com base no ranking de reclamações recebidas pelos escritórios do PROCON de

todo o estado de Alagoas no ano de 2014, onde foram verificadas inúmeras demandas em face da seguinte empresa. Com isso, depara-se a figura do fornecedor de energia do referido estado, a Eletrobras S.A, como maior reclamado do supracitado ano. Onde, por conseguinte são analisados os dados do escritório do Procon, localizado no interior da UNINASSAU, em Maceió, Alagoas, referentes a esta.

Destaca-se, portanto, a necessidade de verificação do posicionamento da então falada fornecedora energética quanto às demandas a si impostas, uma vez que por fornecer um serviço essencial faz-se mister a excelência na prestação de tal serviço; com esse direcionamento, aborda-se também a figura dos institutos da Mediação e Conciliação, os quais são instrumentos norteadores da atuação do PROCON, o que por sua vez é o órgão responsável a dirimir, ou amenizar, a situação do consumidor dos serviços prestados pela mencionada fornecedora energética.

Não obstante às figuras da Mediação e Conciliação, tem-se a ligação precípua da temática proposta com o Direito do Consumidor, sendo imprescindível uma breve apresentação de tal seara jurídica.

O Direito do Consumidor, é o ramo do direito público emanado da terceira geração dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988 voltado a regulamentação das relações entre consumidores – considerados polo vulnerável – e fornecedores, embasado pela Lei 8.078, Código de Defesa do Consumidor.

Tendo caráter de norma principiológica – norma formada por um emaranhado de princípios – o Direito do Consumidor é dotado de eficácia supralegal, ou seja, em caso de conflito aparente de normas, a legislação do CDC prevalecerá frente as demais no que lhe couber. (TARTUCE, 2016, p. 34)

1. O PROCON E SUAS ATRIBUIÇÕES

O Programa de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON, é uma fundação de direito público, presente em diversos estados e municípios da federação. "O Código de Defesa do Consumidor foi o grande marco na evolução da defesa do consumidor brasileiro, sendo uma lei de ordem pública e de interesse social com inúmeras inovações inclusive de ordem processual." (SANTOS, 2015, p.3)

Possui natureza jurídica fundacional, ou seja, refere-se a um patrimônio dotado de personalidade jurídica. Sendo tal patrimônio de direito público, tal fundação é autorizada por Lei, e criada por ato administrativo do Poder Executivo.

Surgiu, de fato, nos anos 70, mais precisamente no ano de 1976 no Estado de São Paulo, com a denominação "Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor". Contudo, foi em 1990, com o advento da Lei 8.078 – Código de Defesa do Consumidor - que o PROCON angariou força, sendo integrado ao Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. (SANTOS, 2015, p.3)

Com *status* de órgão auxiliar do Poder Judiciário, tem como função a este buscar a solução prévia de conflito de interesses nas relações consumeristas – relações entre consumidor e fornecedor – diminuindo as demandas do referido Poder. (SANTIAGO, 2017)

Tendo como prioridade a função de intermédio de conflitos consumeristas, o PROCON é estigmatizado por tal qualidade. Porém, é importante o ressalte que tal órgão tem outras funcionalidades, como por exemplo a função informativa, onde a referida fundação mobiliza-se em prol de informar ao cidadão seus direitos enquanto consumidor; bem como a função fiscalizadora frente os fornecedores, favorecendo uma prestação de serviço de qualidade, além da triagem de qualidade de produtos.

2. MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO: CONCEITOS, FINALIDADES, E SUA RELAÇÃO COM O ÓRGÃO EM ANÁLISE

Os termos mediação e conciliação remetem-se às formas de resolução de conflitos, pelas quais um terceiro intervém, à caráter extrajudicial em maioria, afim de realizar a auto composição da lide. Onde não incumbe ao terceiro a resolução da lide, como ocorre na arbitragem, mas apenas a condução dos litigantes a uma possível resolução. (DIDIER JR, 2015, p. 275).[29]

As divergências acerca dos dois institutos, como classifica Didier, são sutis; tais analisadas a partir do exercício da função de cada agente – Mediador ou Conciliador –, uma vez que ao conciliador é conferida maior participação no processo, podendo este até sugerir uma solução ao litígio; ao mediador por sua vez, é conferida apenas a incumbência de favorecer a comunicação dos interessados, não sendo sua atividade tão incisiva no procedimento como o conciliador. (DIDIER JR, 2015, p. 275-276).

Visto isso, classifica-se o PROCON como órgão auxiliar da justiça, de caráter conciliatório, uma vez que há certa prática que objetiva uma solução extrajudicial, a qual é realizada da seguinte forma:

Inicialmente têm-se o atendimento ao consumidor, proveniente de reclamação, onde o mesmo atenderá a um rito realizado pela grande maioria dos escritórios. Rito este que se inicia com o atendimento propriamente dito ao cliente, ou seja, o recebimento da demanda.

---

29. O Código de Processo Civil traz consigo, em seu art. 165, §§ 2º e 3º, a atuação do mediador, e do conciliador em seus procedimentos.
§ 2 O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.
§ 3 O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Seguindo-se de informação da existência da demanda ao fornecedor, onde, em analogia com o Direito Processual teríamos a citação do réu; em contínuo temos a instauração do processo administrativo, que, voltando a fazer analogia à supracitada seara do direito, temos o início do processo ou relação processual.

Feito isso, têm-se a convocação à audiência, e, a depender do posicionamento das partes, a entrada de demanda no judiciário, por meio do Juizado Especial Cível. (DIREITOS BRASIL, 2017)

O primeiro grande passo para a formalização da mediação e conciliação foi o Enunciado 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça. Tendo em vista sua anterioridade à lei n. 13.105/15 (CPC), vingou com caráter normativo – ou seja, a título de orientação – trazendo consigo disposições acerca de competência dos órgãos e agentes, regras processuais, além do próprio Código de Ética. (DIDIER JR, 2015, p. 274)

Na contemporaneidade há, decorrente do enunciado n. 125 do CNJ e do advento do Código de Processo Civil de 2015, uma denominada Política Pública de Tratamento Adequado dos Conflitos Jurídicos, preconizando essa a prática de conciliação e mediação por parte dos poderes, o que se entende que vai além do judiciário.

Fomentando o exercício de resolução de conflitos por parte dos particulares em litígio – os próprios litigantes – conferindo a estes o poder de autocomposição.

> [...] Essas câmaras podem, por exemplo, ter competência para (art. 174, CPC): a) dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública (conflitos de competência entre órgãos de fiscalização, p. ex.); b) avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública (pedidos de par-

> celamento de dívidas fiscais, p. ex.); c) promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta, instrumento negociai importante para a solução de conflitos coletivos (art. 5o, §6o, Lei n. 7.347/1985). (DIDIER JR, 2015, p. 277).

Como já abordado, entende-se que tais políticas públicas transcendem o judiciário, sendo decorrentes de todos os poderes, onde vê-se o pleno exercício do Poder Legislativo na constituição de normas acerca da mediação e conciliação, notando-se também a tomada de medidas oriundas do Poder Executivo com o advento das câmaras administrativas de conciliação e mediação.

Sendo desprezada pelo CPC/73, a Conciliação ganha extrema importância no atual código processual, onde torna-se quase obrigatório seu exercício; o que se mostra em grande incidência nos processos cíveis desde 2007, tendo índices crescentes de solução de litígios a partir da recomendação nº 8, do CNJ, no supracitado ano. (MONTENEGRO FILHO, 2016, p. 403-405)

Para Montenegro Filho, não se fazia necessária uma nova codificação processual para estabelecer uma política de resolução extrajudicial de conflitos, bastando apenas que o magistrado pusesse em prática o inciso IV, do art. 125 do CPC/73[30].

3. ELETROBRAS E SUA POSIÇÃO FRENTE AS DEMANDAS PROMOVIDAS CONTRA SI NO ANO DE 2014

3.1 ELETROBRAS

A Eletrobras é uma Sociedade de Economia Mista de capital aberto, com enfoque na produção energética de forma que atenda

30. "Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: [...] **IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes**."

aos requisitos de competitividade, sustentabilidade e integração.

Nota-se que não se trata de uma empresa única, fornecedora de energia apenas para o estado de Alagoas, mas uma companhia, por sinal a maior da América Latina no setor.

A mesma foi escolhida a integrar este trabalho devido à grande importância de seus serviços à população, e seu monopólio estatal referente ao mesmo serviço. O que, em vista das reclamações realizadas ao PROCON, deduz-se ineficaz, ou com avarias. Portanto, frente a grandiosidade da referida instituição, e pelas inúmeras reclamações apresentadas contra a mesma, decide-se estudar o seu comportamento frente as tais reclamações.

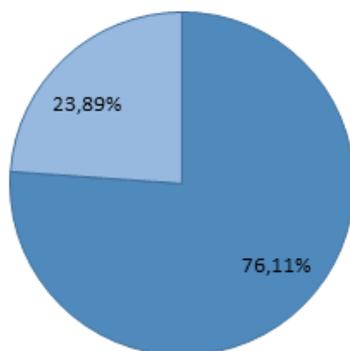
Sendo sociedade de economia mista, entende-se, portanto, que é formada de capital do Estado e da iniciativa privada, logo, de direito privado. Autorizada por Lei, e criada por ato administrativo. As questões judicias, se houverem, devem tramitar em competência da justiça estadual. (DI PIETRO, 2015).

3.2 DEMANDAS CONTRA A ELETROBRAS NO ANO DE 2014, E O PERFIL DA COMPANHIA ELÉTRICA FRENTE AS RECLAMAÇÕES

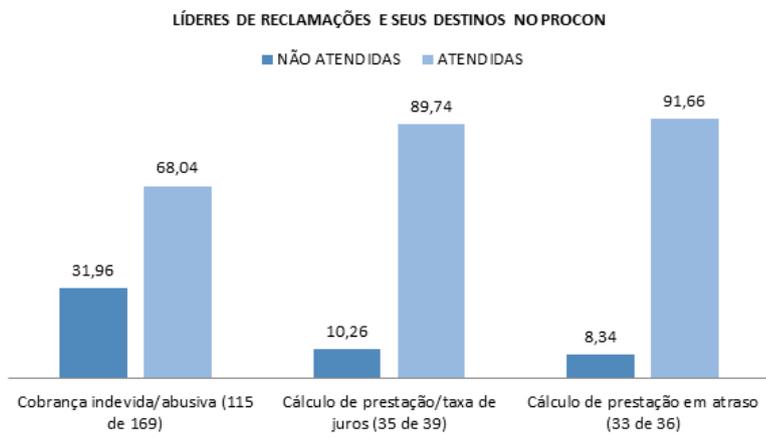
Segundo o Cadastro de Reclamação Fundamentada de 2014, cedido pelo PROCON/AL, por via eletrônica,[31] constata-se que a Eletrobras lidera o *ranking* feito pelo referido órgão. Com 314 reclamações recebidas; a mesma atendeu à 239 destas, conquistando um percentual de 76,11% de resposta ao PROCON, tendo em contrapartida abstenção em 75 dos casos, representando assim um percentual de 23,89%, como demonstra o gráfico abaixo:

---

31. Cf. ALAGOAS. PROCON. Cadastro de Reclamação Fundamentada 2014. 2015. Disponível em: <http://www.procon.al.gov.br/empresas-mais-reclamadas/cadastro-de-reclamacoes-fundamentadas-2014/rel_reclamacao_fundamentada_ordem_alfabetica.pdf>.

GRÁFICO 1: Atendimento de reclamações.

Fonte: PROCON/AL.

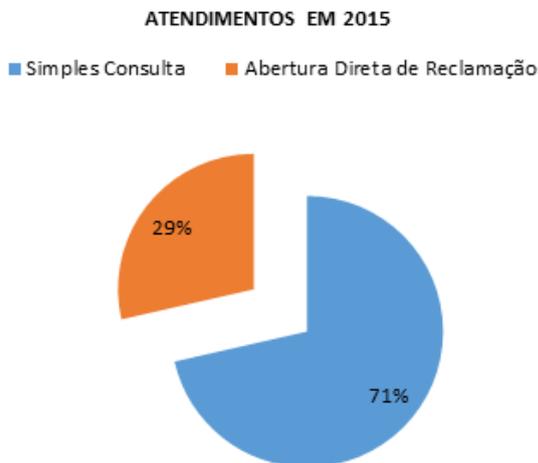
Vistos tais índices faz-se mister destacar a natureza das reclamações deste período. Ocupando a primeira colocação temos a Cobrança indevida/abusiva, somando impressionantes 169 reclamações, o que caracteriza um percentual de mais da metade dos casos (53,82%), sendo destes 68,04% atendidos. Em segundo lugar temos o Cálculo de prestação/taxa de juros com 39 casos, representando 12,42%, sendo boa parte deles atendidos pela fornecedora de energia, 89,74% (35 casos). A terceira maior reclamação fica à cargo do Cálculo de prestação em atraso somando 36 casos, representando 11,46% dos casos, sendo 91,66% desses casos atendidos (33 casos).

GRÁFICO 2: Natureza das reclamações.

Fonte: PROCON/AL.

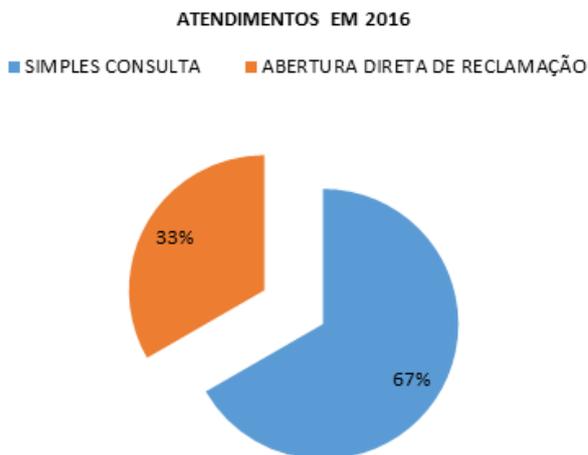
A partir dos dados apresentados, nota-se que não é do *modus operandi* da Eletrobras manter-se inerte às chamadas do PROCON para a resolução dos conflitos.

4. RECLAMAÇÕES FEITAS CONTRA A ELETROBRAS, NO ESCRITÓRIO MODELO DO PROCON, LOCALIZADO NA UNINASSAU-MACEIÓ, NO PERÍODO DE 2015-2016

Ao colher dados no referido escritório foram encontrados sete incidentes no ano de 2015, enquanto no mesmo lapso de tempo do ano de 2016 esse número teve uma crescente de 128,57% (18 casos), ou seja, o número de incidentes mais que dobrou em um ano.

GRÁFICO 3: Destinos de atendimentos em 2015.

Com a especificação do ocorrido em 2015, temos que 71% (5 casos) dos atendimentos promovidos pelo escritório do PROCON daquela localidade foram a caráter de "simples consulta", enquanto 29% (2 casos) foram "abertura direta de reclamação". A caráter de curiosidade: A simples consulta é a análise inicial realizada pelo PROCON acerca da viabilidade da reclamação; se existem provas que validem os fatos apresentados pelo reclamante, se a pretensão é de competência do PROCON, fornecimento de informações, etc. Enquanto que a abertura direta de reclamação, é, como o próprio nome sugere, a chamada do reclamado ao órgão em questão para o esclarecimento e uma possível solução do conflito ali presenciado.

Nos dois casos de abertura direta de reclamação, ocorreram acordos, direto e antes da audiência.

GRÁFICO 4: Destinos de atendimento em 2016.

Fonte: PROCON/AL.

Como já relatado em tópicos anteriores o número de reclamações sobe exponencialmente em 2016, e, por conseguinte cai o percentual de simples consulta, e aumenta a abertura direta de reclamação.

Das 12 simples consultas realizadas pelo escritório em análise, nove foram de sua competência, enquanto duas foram encaminhadas para a Defensoria Pública, e uma diretamente ao Juizado Especial.

O que se sobressai como grande surpresa é o número de audiências com término em acordo, decorrentes de abertura direta de reclamação; o escritório do PROCON da UNINASSAU-MCZ obteve cinco acordos de um total de 6 audiências o que equivale à 83,33% de êxito no exercício conciliatório.

CONCLUSÃO

É visível a preocupação com a morosidade do sistema judiciário, decorrente do alto índice de demandas frente a este,

com isso percebe-se que há um avanço enorme no que pese às formas extrajudiciais de resolução de conflitos. Têm-se, portanto, o Programa de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON, um órgão auxiliar da justiça de caráter conciliatório que, vistos os dados apresentados, faz eximiamente tal papel.

Com a referida pesquisa observa-se uma real atuação deste órgão, em face do exercício da mediação e conciliação. Em números quantificados, é de grande surpresa que uma instituição como tal possa ser deveras eficaz no trato de litígios, visto que não se faz presente a função jurisdicional do Estado.

Todavia, há aspectos melhoráveis como a ampliação de competência do referido órgão, bem como uma maior força quanto ao chamamento de reclamados a comparecer às audiências.

Em relação à sociedade fornecedora de energia do estado de Alagoas, a Eletrobras, é notável que existe um certo problema, ou no mínimo empecilho quando se trata de gestão organizacional, visto a grande maioria de suas reclamações serem de caráter administrativo. O que, com grande facilidade podem ser reparados de pronto, e assim, excluir-se da lista dos maiores reclamados. Afinal, trata-se não só de uma simples empresa fornecedora de serviços, mas da maior companhia de capital aberto do setor de energia elétrica da América Latina que atua nos segmentos de geração, distribuição, transmissão e comercialização de energia. (ELETROBRAS, 2017)

REFERÊNCIAS

ALAGOAS. PROCON. **Cadastro de Reclamação Fundamentada 2014**. 2015. Disponível em: <http://www.procon.al.gov.br/empresas-mais-reclamadas/cadastro-de-reclamacoes-fundamentadas-2014/rel_reclamacao_fundamentada_ordem_alfabetica.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil - Parte geral e Processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: *Jus Podivm*, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. 5 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense / São Paulo: Método, 2016.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil:** de acordo com o novo CPC : Misael Montenegro Filho. – 12. Ed. reform. E atual. – São Paulo : Atlas, 2016.

SANTOS, Kátia Aparecida de Matos. **Estimativa do valor da cesta básica** – CB UNAERP da cidade de Guarujá SP – Análise do ano 2014. In: **Anais do Conic-Semesp / Volume 3, 2015 – Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Ribeirão Preto, 2015, p. 3-4. Disponível em: <http://conic-semesp.org.br/anais/files/2015/trabalho-1000021316.pdf>.** Acesso em: 11/03/2017**.**

ELETROBRAS. **O papel da Eletrobras**. Disponível em: <https://www.eletrobras.com/elb/data/Pages/LUMIS641DB632PTBRIE.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.

DIREITOS BRASIL. Procon: **Como funciona?** Disponível em: <http://direitosbrasil.com/procon-como-funciona/>. Acesso em: 11 mar. 2017.

FAQ.INF. PROCON. **O que** é, **o que faz, como funciona**. Disponível em: <http://www.faq.inf.br/servicos-publicos/procon-o-que-e-o-que-faz-e-como-funciona/>. Acesso em: 11 mar. 2017.

SANTIAGO, Emerson. **PROCON**. Disponível em: <http://www.infoescola.com/direito/procon/> Acesso em: 11 mar. 2017.

A APLICABILIDADE DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA EXECUÇÃO FISCAL

Sonia Leal Martins

INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil nos seus artigos 133 a 137 trouxe uma importante inovação no que tange à formalização do procedimento da desconsideração da personalidade jurídica prevista no artigo 50 do Código Civil. Trata-se do incidente de desconsideração da personalidade jurídica que tem por objetivo garantir o contraditório e a ampla defesa do sócio.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil, (BRASIL, 2015) no artigo 133 aduz:

> Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.
>
> § 1ºO pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.
>
> § 2ºAplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Cumpre ressaltar, que o artigo 134 do novo *Codex* (BRASIL, 2015), aduz quanto à abrangência da aplicação do referido incidente, sendo *"cabível em todas as fases do processo de conhecimento, do cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial".* Nesse diapasão, *a priori,* não há óbice quanto à aplicação do incidente em comento na Execução Fiscal, tendo em vista que esta se funda em um título executivo extrajudicial. Além disso, a própria Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980 (BRASIL, 1980) que trata das Execuções Fiscais, prevê em seu artigo 1º a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

Entretanto, como será demonstrado em momento oportuno, a jurisprudência vem afirmando que as peculiaridades do Processo de Execução Fiscal são incompatíveis com o procedimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

A Justiça Federal de São Paulo ao apreciar duas execuções fiscais no primeiro semestre de 2016 decidiu de maneira divergente quanto à necessidade de instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica em sede de Execução Fiscal. Nos autos da Execução Fiscal nº 0003808-36.2005.4.03.6105 (SÃO PAULO, 2016a), a instauração do referido incidente foi negada sob o argumento de que houve a dissolução irregular da Pessoa Jurídica, com base na súmula 435 do STJ que aduz: *"Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente."*

Nesse sentido, a Justiça Federal de São Paulo (SÃO PAULO, 2016a) decidiu:

> Execução Fiscal 0003808-36.2005.4.03.6105 (publicação 1.4.2016)

> Verifica-se que a pessoa jurídica executada ainda não foi citada porque não encontrada em seu domicílio fiscal.
>
> (...)
>
> E em 01/10/2013 a exequente requereu o redirecionamento da execução fiscal, com a inclusão do excipiente no polo passivo.
>
> A propósito, a Súmula n. 435 do Superior Tribunal de Justiça assenta: "Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente."
>
> E o Enunciado n. 1 do Grupo 1 do II Fórum Nacional de Execução Fiscal (Brasília, 17.3.2016), foi aprovado por unanimidade nestes termos: **"O incidente de desconsideração da personalidade jurídica, previsto no art. 133 do NCPC, não se aplica aos casos em que há pedido de inclusão de terceiros no polo passivo da execução fiscal de créditos tributários, com fundamento no art. 135 do CTN, desde que configurada a dissolução irregular da executada, nos termos da súmula 435 do STJ."**
>
> Ante o exposto, indefiro o pedido de recolhimento do mandado de penhora.
>
> Disponibilização D. Eletrônico de decisão em 31/03/2016, pag. 244/251
>
> (grifo nosso)

Posteriormente, nos autos do processo de Execução Fiscal nº 0000123-84.2011.4.03.6113 (SÃO PAULO, 2016b) inaugu-

rou-se um precedente sobre o tema determinando a aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica em sede de execução fiscal independente de tratar-se de dissolução irregular da Pessoa Jurídica:

> Execução Fiscal 0000123-84.2011.4.03.6113 (publicação 08.04.2016)
>
> Trata-se de pedido de redirecionamento da presente Execução Fiscal contra o administrador da parte executada, nos termos do art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional. A exequente alega que houve a dissolução irregular da sociedade (certidão de fl. 163, autos n. 0001039-54.2014.6113).
>
> (...)
>
> Neste passo e consoante já havia aventado na decisão de fls. 93, ao que parece houve a sucessão de pessoas jurídicas na exploração de uma mesma atividade, o que, em regra, pode carrear à sucessora a responsabilidade pelos tributos devidos, na forma dos artigos 132 e/ou 133, ambos do Código Tributário Nacional.
>
> De todo modo, não se descarta a possibilidade de o dirigente da pessoa jurídica anterior também ser responsabilizado pelos tributos não pagos. Mas, para tanto, tenho por imprescindível a instauração de incidente processual, a fim de garantir o devido processo legal e a possibilidade de ampla defesa.
>
> **Assim, determino a instauração de incidente processual de desconsideração da personalidade jurídica da executada (...).**
>
> Disponibilização D. Eletrônico de decisão em 07/04/2016, pag. 173/202 (grifo nosso)

Insta salientar que o Tribunal Regional Federal (TRF) da 3ª Região – (SP) e (MG) vai analisar o tema por meio do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0017610-97.2016.4.03.0000 (SÃO PAULO, 2017). A questão recentemente submetida para julgamento, proposta pela Procuradoria da Fazenda Nacional, refere-se à divergência quanto ao redirecionamento de execução de crédito tributário da pessoa jurídica para os sócios. Em outras palavras, pretende-se pacificar, no âmbito de jurisdição do TRF da 3º Região, se o redirecionamento dar-se-ia nos próprios autos da execução fiscal ou em sede de incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Assim decidiu o Tribunal Regional Federal da 3ª Região (SÃO PAULO, 2017):

> PROCESSO CIVIL. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. ADMISSIBILIDADE. EXECUÇÃO FISCAL. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.
>
> 1. O requisito legal de efetiva repetição de processos que tem por objeto a mesma questão de direito restou comprovado pelos extratos de andamento processual que foram juntados aos autos.
>
> 2. Risco de ofensa à segurança jurídica e isonomia restou caracterizado diante do ambiente de dubiedade procedimental estabelecido.
>
> **3. Questão controvertida de direito processual: o redirecionamento de execução de crédito tributário da pessoa jurídica para os sócios dar-se-ia nos próprios autos da execução fiscal ou em sede de incidente de desconsideração da personalidade jurídica.**
>
> 4. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas admitido.

> (TRF-3 - IRDR: 0017610-97.2016.4.03.0000 SP, Relator: BAPTISTA PEREIRA, Data de Julgamento: 08/02/2017, ÓRGÃO ESPECIAL) (grifo nosso)

Nesse diapasão, o presente estudo se mostra pertinente tendo em vista não haver até o momento uma manifestação do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. Pretende-se demonstrar que a aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, mesmo em sede de Execução Fiscal, é medida que se impõe tendo em vista a necessidade de garantia do contraditório efetivo dos sócios antes de terem atingidos os seus bens particulares.

1. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Cumpre, de início, trazer algumas breves considerações acerca do Instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica previsto no artigo 50 do Código Civil (BRASIL, 2002).

O referido dispositivo (BRASIL, 2002) aduz:

> Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

A criação de uma personalidade jurídica, em regra, permite a separação patrimonial entre os bens da pessoa jurídica e os bens particulares dos sócios. Assim, estes últimos não são alcançados pelas dívidas da pessoa jurídica. Entretanto, havendo

desvio de finalidade ou confusão patrimonial, resta configurado o abuso da personalidade jurídica sendo possível, portanto, o afastamento da garantia de limitação da responsabilidade dos sócios ou administradores. Em outras palavras, o Juiz sendo provocado, pode decidir pela responsabilização direta e pessoal dos sócios ou administradores pelos atos da empresa.

Nesse sentido, para Araújo (2016, p. 252):

> A desconsideração permite 'levantar o véu' da personalidade jurídica da sociedade, removendo-se a barreira que separa o seu patrimônio do patrimônio das pessoas físicas que a integram, propiciando que determinadas relações jurídicas havidas pelos sócios passem a ser de responsabilidade da empresa e vice-versa, sempre que, a grosso modo, a separação patrimonial entre as pessoas naturais e a pessoa jurídica esteja violando o interesse público.

Nesse diapasão, os benefícios atribuídos por lei na criação da pessoa jurídica, não raramente são utilizados de forma fraudulenta pelos sócios ou administradores em proveito próprio. É neste cenário, que atua o instituto da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*) ou teoria da penetração, responsabilizando direta e pessoalmente o sócio ou administrador que tenha agido com dolo ou fraude em nome da pessoa jurídica.

Insta salientar que o referido instituto possui previsão expressa não somente no Código Civil, mas também no Código de Defesa do Consumidor, na lei dos Crimes Ambientais e na lei Antitruste.

Por fim, como dito anteriormente, foi introduzido novo Código de Processo Civil o incidente de desconsideração da personalidade jurídica que regulamentou o instituto em co-

mento, além de ter regulamentado também a desconsideração inversa da personalidade jurídica.

2. O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA COMO FORMA DE GARANTIA DO CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório pode ser classificado em contraditório formal e contraditório substancial.

Por contraditório formal, entende-se ser a garantia fundamental da parte de rebater as alegações trazidas pela parte adversa, sob pena de nulidade caso esta garantia não seja disponibilizada. Já o contraditório substancial, diz respeito ao direito de participação na construção da norma em condições paritárias de influenciar de forma efetiva na decisão do juiz. Nas lições de Oliveira (2014):

> Na visão atual, o direito fundamental do contraditório situa-se para além da simples informação e possibilidade de reação, conceituando-se de forma mais ampla na outorga de poderes para que as partes participem no desenvolvimento e no resultado do processo, da forma mais paritária possível, influenciando de modo ativo e efetivo a formação dos pronunciamentos jurisdicionais.

O novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) trouxe vários dispositivos que determinam a observância do contraditório de forma efetiva. Nesse sentido, podemos citar o artigo 7º (BRASIL, 2015) que aduz: *"É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos*

deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório".

Já o artigo 9º (BRASIL, 2015) determina que não poderá o juiz decidir sem que tenha dado a parte cuja decisão seja contrária, a oportunidade de ser ouvida. No mesmo sentido, o artigo 10 (BRASIL, 2015): "*O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício".* Nesse sentido, pretende-se afastar a decisão surpresa onde a parte prejudicada não teve a oportunidade de manifestar-se e de participar na formação do convencimento do juiz.

Poder-se-ia questionar que o novo Código de Processo Civil não inovou ao esmiuçar a necessidade do contraditório efetivo, já que se trata de uma garantia constitucional derivada do princípio do devido processo legal. Entretanto, era evidente que o contraditório efetivo não estava sendo observado, como nos casos, por exemplo, das decisões de ofício em que era muito comum o Juiz decidir sem dar a oportunidade de oitiva da parte prejudicada.

Nesse sentido Didier Jr. (2015, p. 472):

> O princípio do contraditório, visto como direito de participação na construção da norma jurídica, precisa ser repensado. Isso porque ele não pode ser visto apenas como sendo um direito de participação na construção da norma jurídica individualizada (aquela estabelecida no dispositivo da decisão); há de ser visto também como um direito de participação na construção da norma jurídica geral (a *ratio decidendi*, a tese jurídica estabelecida na fundamentação do julgado).

Há quem diga que essa sistemática prejudica a celeridade, trazendo uma maior morosidade ao processo. Isto porque ao magistrado é dado o dever de ouvir ambas as partes, exaurir o debate e só então decidir, mesmo nos casos de decisões de ofício. Entretanto, em que pese a necessidade de atendimento ao direito fundamental de um processo célere, este não pode sobrepor-se ao direito fundamental ao contraditório efetivo, devendo haver uma ponderação de princípios preservando-se a segurança jurídica e afastando-se as chamadas decisões surpresas.

Assim, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica é um importante instrumento de garantia do contraditório efetivo, já que assegura a parte o direito de participar do convencimento do juiz em condições paritárias, tendo em vista que nos termos do artigo 135 do novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado(a) para manifestar-se e requerer a produção de provas dentro do prazo de 15(quinze) dias. Só então, de acordo com o artigo 136, depois de concluída a instrução, se necessária, poderá o juiz resolver o incidente por meio de uma decisão interlocutória.

3. A APLICAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA EXECUÇÃO FISCAL

O artigo 135 do Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966) traz o que a doutrina e a jurisprudência chamam de redirecionamento da execução fiscal. Nesse sentido, aduz o referido artigo (BRASIL, 1966):

> Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias re-

> sultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:
>
> (...)
>
> III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Até a edição do novo Código de Processo Civil, não havia um regramento quanto ao procedimento de desconsideração da personalidade jurídica. No processo de execução fiscal, que é o escopo desse trabalho, na maioria das vezes, o contraditório era diferido, depois de já ter ocorrido os efeitos do redirecionamento da execução fiscal, ou seja, após a constrição patrimonial dos bens particulares do sócio ou do administrador.

A jurisprudência vem afirmando que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica não se aplica na execução fiscal tendo em vista que o artigo 135 do CTN (BRASIL, 1966) prevê hipótese de responsabilidade tributária e não de desconsideração da personalidade jurídica.

Nesse sentido, o Fórum de Execuções Fiscais da 2ª Região (Forexec) editou o enunciado nº 6: *"a responsabilidade tributária regulada no artigo 135 do Código Tributário Nacional não constitui hipótese de desconsideração da personalidade jurídica".*

Nessa esteira, decidiu o Tribunal Regional Federal da Segunda Região (BRASIL, 2016):

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA. EXECUÇÃO FISCAL. INAPLICABILIDADE. 1. A jurisprudência pátria vem se manifestando no sentido da inaplicabilidade do incidente de desconsideração da personalidade jurídica aos casos de redirecionamento da execução

fiscal. **A uma, pois o requerimento se baseia na responsabilização do sócio por ato próprio e não na utilização abusiva da personalidade jurídica,** nos termos do art. 50 do Código Civil. A duas, pela incompatibilidade do incidente com o rito previsto na Lei de Execuções Fiscais. Precedentes. Na mesma linha, o Enunciado nº 53 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados dispõe que "O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015". 2. Agravo de instrumento conhecido e provido.

(TRF-2 - AG: 00092648720164020000 RJ 0009264-87.2016.4.02.0000, Relator: JOSÉ ANTONIO NEIVA, Data de Julgamento: 02/12/2016, 7ª TURMA ESPECIALIZADA) (grifo nosso)

Ora, independentemente da denominação a ser dada para o comando exposto no artigo 135 do Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966), é imperioso que haja uma dilação probatória, não sendo suficiente que a parte interessada faça o requerimento da inclusão do sócio no polo passivo, sem que seja dada a oportunidade deste se manifestar e participar efetivamente do convencimento do juiz, tendo em vista que a responsabilização só pode ocorrer nos casos de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto.

Nesse diapasão, ainda que exista a responsabilidade do sócio, esta deverá ser reconhecida e declarada pelo juiz após a regular e válida dilação probatória, sob pena de violação ao princípio do contraditório.

Há quem defenda ser desnecessária a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, pois ao só-

cio ou administrador é dada a oportunidade do contraditório diferido, não havendo que se falar em violação do contraditório. Entretanto, esse entendimento não merece guarida, pois, o contraditório diferido é medida excepcional que só pode ser admitida quando há previsão legal nesse sentido, o que não é o caso.

A corrente contrária à aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no processo de execução fiscal defende ser este dispensável tendo em vista que o Código Tributário Nacional já prevê no referido artigo 135 inciso III a responsabilidade tributária dos sócios-gerentes de forma direta e pessoal.

A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) editou o Enunciado nº 53 entendendo ser dispensável a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica em sede de Execução Fiscal. Nesse diapasão, *"O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015".*

Como dito anteriormente, haverá a necessidade de dilação probatória quanto aos fatos alegados pelo exequente, sendo necessário demonstrar a ocorrência de excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto. Desnecessário dizer que o efetivo contraditório só será possível mediante a possibilidade do sócio ou administrador se manifestar previamente à decisão do juiz.

Importante destacar que há uma diferenciação a ser feita quando o sócio ou administrador tem o seu nome incluso na certidão de dívida ativa que dá suporte ao ajuizamento da execução fiscal. Em outras palavras, nos casos em que o sócio ou administrador já foi declarado responsável tributário na esfera administrativa, o ônus probatório de demonstrar a ausência dos requisitos da responsabilidade tributária passa a ser do sócio ou do administrador. Nesse caso, não há óbice à inclusão deste no

polo passivo, tendo em vista que é responsável tributário juntamente com o devedor originário.

Entretanto, mesmo que o nome do sócio ou administrador já conste na Certidão de Dívida Ativa, a este deve ser dado o tratamento paritário que é dado ao devedor originário, ou seja, ser citado para pagar ou garantir o juízo, nos termos da lei 6.830/80.

A contrario sensu, nos casos em que não conste o nome do sócio ou administrador na Certidão de Dívida Ativa, o ônus probatório quanto à presença dos requisitos de responsabilidade tributária é do Fisco, sendo presumível a não corresponsabilidade do sócio ou administrador. É neste cenário que passa a ser cabível o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que se faz necessária a dilação probatória dos fatos alegados pelo exequente.

Cumpre ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 435 (BRASIL, 2010) que tem a seguinte redação: "*Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente*"

Com esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça considerou que a dissolução irregular da sociedade é uma fraude à lei, o que justificaria a redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.

Em março de 2016, os magistrados federais aprovaram de maneira unânime no II Fórum Nacional de Execução Fiscal o enunciado nº 1:

> O incidente de desconsideração da personalidade jurídica, previsto no artigo 133 do NCPC, não se aplica aos casos em que há pedido de inclusão de terceiros no polo passivo da execução fiscal de

> créditos tributário, com fundamento no art. 135 do CTN, desde que configurada a dissolução irregular da executada, nos temos da súmula 435 do STJ.

Com a devida vênia, esse entendimento não merece prosperar, pois, caberá ao Fisco demonstrar que houve realmente a dissolução irregular da pessoa jurídica, devendo ser oportunizado ao sócio ou administrador o direito de manifestar-se previamente à declaração de responsabilização deste. Nesse diapasão, somente com a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica é possível o contraditório efetivo.

Outro argumento desfavorável à aplicação do referido incidente na execução fiscal, refere-se ao fato da necessidade de garantia da Execução Fiscal prevista na Lei de Execuções Fiscais. Para essa corrente, o comando expresso no parágrafo 3º do artigo 134 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) que determina a suspensão do processo durante a tramitação do incidente é incompatível com a Execução Fiscal, tendo em vista que, em regra, na Execução Fiscal somente haverá a suspensão dos atos de execução após o executado "garantir o juízo" por meio da penhora, depósito, seguro-garantia ou fiança bancária.

No mesmo sentido, o Tribunal Regional Federal da Segunda Região (BRASIL, 2017) prolatou a seguinte decisão:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL DÍVIDA NÃO TRIBUTÁRIA. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. NECESSIDADE NÃO RECONHECIDA. 1. O cerne da controvérsia reside em saber se seria cabível, em sede de execução fiscal de dívida não tributária, a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, com a finalidade de se obter o redirecionamento da execução para o

> sócio, em razão do encerramento irregular da empresa executada. 2. **O incidente de desconsideração da personalidade jurídica se apresenta incompatível com o rito previsto na Lei nº 6.830/80, uma vez que possibilitaria a suspensão do processo de execução e a dilação probatória sem a prévia garantia do Juízo.** Precedente: (TRF2, 5ª Turma Especializada, AG 00121627320164020000, Rel. Des. Fed. ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES, DJ 9.2.2017). 3. Agravo de instrumento provido.
>
> (TRF2, 5ª Turma Especializada, AG 0009220-68.2016.4.02.0000, Rel. Des. Ricardo Perlingeiro, DJ 31.03.2017). (grifo nosso)

Ora, se o exequente conseguir demonstrar que no caso concreto, estar-se-á diante de requisitos que justifique a adoção de medida cautelar fiscal prevista na lei 8.397/92 ou até mesmo da tutela de urgência prevista no artigo 300 e seguintes do Código de Processo Civil, não haverá óbice para que o juiz defira o pedido de constrição patrimonial sendo o contraditório diferido. O que não se pode admitir, é que se torne regra o que é uma exceção. Assim, a constrição patrimonial só poderá ocorrer antes da manifestação da parte prejudicada se estiverem presentes os requisitos que justifiquem a medida cautelar.

Por fim, aponta-se como óbice à aplicação do incidente em comento ao processo de execução, o fato que o Código de Processo Civil prevê em seu artigo 134, parágrafo 3º (BRASIL, 2015) a suspensão do processo quando o incidente não for requerido na petição inicial. A alegação é de que haveria uma suspensão do processo sem a consequente suspensão da exigibilidade do crédito tributário, já que o incidente não configura hipótese de suspensão prevista no artigo 151 do Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966). Nesse sentido, alegam

prejuízo para o Fisco, pois o prazo prescricional continuaria a correr durante a tramitação do incidente.

O fato de não suspender a exigibilidade do crédito tributário e consequentemente a suspensão do prazo prescricional, não pode representar óbice à ocorrência do contraditório efetivo no âmbito da execução fiscal. Com a devida vênia, deixar de aplicar um procedimento formal que visa possibilitar a parte de defender-se dos fatos alegados de forma prévia é deixar de observar os princípios fundamentais que regem o Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O novo Código de Processo Civil permitiu a formalização do procedimento de desconsideração da personalidade jurídica previsto no artigo 50 do Código Civil. Trata-se do incidente de desconsideração da personalidade jurídica prevista nos artigos 133 a 137.

Insta salientar que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica representa uma garantia do contraditório efetivo, tendo em vista que anteriormente, na execução fiscal, o contraditório via de regra era diferido. Em outras palavras, primeiro o executado sofria a constrição patrimonial e só depois, discutia-se a sua responsabilidade.

O novo Código de Processo Civil trouxe vários dispositivos que reforçam a necessidade de observância do contraditório substancial ou efetivo. Nesse sentido, os artigos 7º, 9º e 10 trazem comandos ao Juiz para que este zele pelo efetivo contraditório, possibilitando que a parte manifeste-se previamente a qualquer decisão que lhe seja contrária, mesmo nos casos de decisão de ofício.

É indubitável que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica é aplicável às execuções fiscais tendo em

vista que o contraditório é uma garantia constitucional que não pode ser afastada.

Nesse diapasão, ainda que o artigo 135 do Código Tributário Nacional refira-se a um redirecionamento da execução fiscal com a responsabilidade pessoal do sócio ou administrador, será necessária uma dilação probatória para comprovar que houve excesso de poder ou fraude à lei, contrato social ou estatuto.

No que tange à alegação de suspensão do processo sem a consequente suspensão da exigibilidade do crédito tributário, não se pode permitir que isso represente óbice à ocorrência do contraditório prévio e efetivo.

Por fim, a alegação de que há incompatibilidade do incidente com a execução fiscal tendo em vista a suspensão do processo e a dilação probatória sem a garantia do juízo, não merece prosperar tendo em vista que o juiz poderá deferir a constrição patrimonial com o contraditório diferido se o Fisco conseguir demonstrar no caso concreto o risco de dilapidação patrimonial.

A partir do presente estudo, pode-se concluir que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica é perfeitamente aplicável ao processo tributário, em especial nas execuções fiscais nos casos em que o sócio-gerente não configura como corresponsável tributário na certidão de dívida ativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Aldem Johnston Barbosa. A desconsideração da personalidade jurídica no novo Código de Processo Civil. **Revista dos Tribunais**, v. 967, p. 251-303, mai. 2016.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm > Acesso em 10 mar. 2017.

BRASIL. Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pú-

blica, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm > Acesso em 10 mar. 2017.

BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm > Acesso em 10 mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 435.** DJ: 14/04/2010. Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente. Disponível em < http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp >. Acesso em 20 abr. 2017.

DIDIER JR., Fredie.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil:** Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**.** 10ª ed. Salvador. Jus Podivm, v. 2, p. 472.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Comentário ao art. 5º, LV. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; Ingo W.; Streck, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil.** 1ª ed. São Paulo. Saraiva, 2014.

RIO DE JANEIRO (BRASIL). Tribunal Regional Federal da Segunda Região. **Agravo de Instrumento n. 0009264-87.2016.4.02.0000.** Relator: JOSÉ ANTONIO NEIVA. Rio de Janeiro, 30 de Novembro de 2016. disponível em: < http://www10.trf2.jus.br/consultas?q=00092648720164020000&adv=1&site=v2_jurisprudencia&client=v2_

index&proxystylesheet=v2_index&lr=lang_pt&oe=UTF-8&ie=UTF-8&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&base=JP-TRF > Acesso em 15 mai. 2017.

RIO DE JANEIRO (BRASIL). Tribunal Regional Federal da Segunda Região. **Agravo de Instrumento n. 0009220-68.2016.4.02.0000.** Relator: RICARDO PERLINGEIRO. Rio de Janeiro, 31 de Março de 2017. disponível em: < http://www10.trf2.jus.br/consultas?q=0009220-68.2016.4.02.0000&adv=1&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&lr=lang_pt&oe=UTF-8&ie=UTF-8&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&base=JP-TRF > Acesso em 15 mai. 2017.

SÃO PAULO (BRASIL). Tribunal Regional Federal da Terceira Região. Quinta Vara/ SP – Campinas. Primeira Instância. **Processo n. 0003808-36.2005.4.03.6105**. Execução Fiscal. Exequente: Fazenda Nacional. Executado: Galatas Comércio e Representação Ltda e outro. Campinas, 31 de março de 2016a. Disponível em <http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>. Acesso em 15 mai. 2017.

SÃO PAULO (BRASIL). Tribunal Regional Federal da Terceira Região. Primeira Vara/ SP – Franca. Primeira Instância. **Processo n. 0000123-84.2011.4.03.6113**. Execução Fiscal. Exequente: Fazenda Nacional. Executado: Pronto Atendimento São José. Franca, 07 de abril de 2016b. Disponível em < http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/ >. Acesso em 15 mai. 2017.

SÃO PAULO (BRASIL). Tribunal Regional Federal da Terceira Região. **IRDR n. 0017610-97.2016.4.03.0000/SP**. Relator: BAPTISTA PEREIRA. São Paulo, 08 de fevereiro de 2017. Disponível em: < http://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/VisualizarDocumentosProcesso?numerosProcesso=201603000176107&data=2017-02-14 > Acesso em 15 mai. 2017.

COISA JULGADA TRIBUTÁRIA NAS RELAÇÕES DE TRATO SUCESSIVO E OS REFLEXOS DA POSTERIOR DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEI NO CONTROLE DIFUSO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Sonia Leal Martins

INTRODUÇÃO

O objetivo geral do presente artigo é estudar os reflexos advindos da apreciação da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal em momento posterior à decisão individual *incidenter tantum* transitada em julgado. Nesse diapasão, faz-se uma análise se a posterior decisão emanada da Suprema Corte em sentido contrário à coisa julgada representa alteração no estado de direito das relações tributárias de trato sucessivo capaz de limitar a eficácia futura da decisão anterior. Analisa-se também os reflexos quanto aos fatos consumados no que tange à (im)possibilidade de desconstituição da coisa julgada em face da posterior apreciação da constitucionalidade de lei pelo Supremo Tribunal Federal.

Desta feita, pesquisa-se como o tema vem sendo tratado pela doutrina e jurisprudência, uma vez que não existe ainda manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto.

Cumpre ressaltar, que o tema é relevante, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a Repercussão Geral do assunto recentemente e o caso será analisado por meio do Recurso Extraordinário (RE) 955227.

1. CONCEITO DE COISA JULGADA

O instituto da coisa julgada foi criado para dar segurança jurídica nas relações através do caráter de imutabilidade que a sentença adquire após o trânsito em julgado.

Por trânsito em julgado, entende-se ser o instituto que torna a sentença imodificável, ou seja, aos litigantes é dada a oportunidade de impugnar a decisão emanada pelo Estado. Porém, há limitações quanto a essa possibilidade, quer seja porque o prazo para recorrer terminou, quer seja porque já passou por todos os recursos possíveis.

Assim, uma vez esgotados todos os recursos ou mesmo pelo decurso do prazo sem que haja manifestação recursal, a coisa julgada faz lei entre as partes evitando a eternização dos conflitos sociais, podendo, entretanto, ser excepcionalmente impugnada pela Ação Rescisória nos casos previstos em lei.

Impende ressaltar que a coisa julgada não se apresenta atualmente como algo absoluto para uma parcela da doutrina. Muito se tem discutido sobre a revisão da coisa julgada no sentido de que injustiças não devam prevalecer sob o argumento da segurança jurídica. Já aqueles que são contra a revisão defendem que essa possibilidade traria instabilidade nas relações sociais.

Essa discussão quanto à revisão da coisa julgada será abordada em momento oportuno.

2. COISA JULGADA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Ao tratar da coisa julgada fazendo relação à matéria tributária, não se pretende dizer que possui um significado diferente para o Direito Tributário. A coisa julgada é a expressão máxima da segurança jurídica em qualquer seara do Direito. Em matéria tributária, não haveria de ser diferente, representando uma garantia para o contribuinte, sujeito passivo da obrigação tributária.

Em se tratando de relações jurídicas tributárias, faz-se necessário um estudo sobre as relações jurídicas de trato sucessivo, bem como os reflexos da coisa julgada sobre estas. Isto porque é no Direito Tributário que se constata um grande número de tributos ensejadores de obrigações periódicas.

2.1 A COISA JULGADA NAS RELAÇÕES JURÍDICAS TRIBUTÁRIAS DE TRATO SUCESSIVO

As relações jurídicas tributárias podem ser consumadas ou de trato sucessivo, que também pode ser chamada de relações continuativas. A primeira é caracterizada quando o fato jurídico é autônomo e a relação ocorre uma única vez. A segunda é caracterizada quando o fato jurídico não é autônomo, pois mesmo que a obrigação tributária seja extinta a cada exercício, ela será renovada nos exercícios seguintes caso a situação que enseja a incidência do tributo permaneça inalterável.

Desta feita, a relação jurídica tributária de trato sucessivo pode ser conceituada como aquela em que uma norma geral e abstrata é aplicada inúmeras vezes sobre uma mesma situação jurídica envolvendo as mesmas partes de forma sucessiva no tempo.

Quando a relação é de natureza periódica, considera-se incluídas no pedido mesmo que não haja expressa pretensão por

parte do autor. É o que aduz o artigo 323 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015):

> Na ação que tiver por objeto cumprimento de obrigação em prestações sucessivas, essas serão consideradas incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor, e serão incluídas na condenação, enquanto durar a obrigação, se o devedor, no curso do processo, deixar de pagá-las ou de consigná-las.

Assim, pode-se afirmar que nesse caso a sentença projeta a sua eficácia para o futuro.

Impende destacar que a proteção da coisa julgada nas relações continuadas ocorre enquanto a situação fática- jurídica permanecer inalterada. Destarte, uma decisão cujo comando se projete para o futuro em virtude da natureza da relação ser continuativa, só será alcançada pelo manto da coisa julgada enquanto possuir os mesmos elementos fáticos e jurídicos. É o que determina o artigo 505, inciso I do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015):

> Art. 505 Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:
>
> I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

Desta feita, havendo alteração no suporte fático e/ou jurídico, poderá a parte interessada pleitear a revisão da sentença sem que isso configure ofensa à coisa julgada.

Por derradeiro, importa salientar que nem toda a relação jurídica tributária continuada projetará seus efeitos para o futuro dentro de uma relação processual. Em outras palavras, a eficácia futura da sentença dependerá da demanda posta em juízo, delimitada pelo pedido e pela causa de pedir.

O fundamento da decisão não faz coisa julgada. O exemplo mais comum ocorre quando o contribuinte ingressa em juízo pleiteando a desconstituição de determinado lançamento de um tributo através de uma ação anulatória. Como fundamento, alega a inconstitucionalidade da norma que incidiu sobre o fato jurídico tributável ensejando o referido lançamento pelo Fisco. Caso o contribuinte obtenha decisão favorável, esta ficará restrita ao pedido. Em outros termos, apenas os fatos jurídicos apontados no pedido serão acobertados pela sentença. Apesar da fundamentação da sentença conter o juízo sobre a constitucionalidade da norma, esta não faz coisa julgada.

O contribuinte poderá, entretanto, pleitear uma decisão que projete os efeitos para o futuro. Para isso, será necessário ingressar com uma ação cujo objeto seja a declaração de existência ou inexistência de relação jurídica tributária ou ação mandamental preventiva.

Nessas ações, como em qualquer outra, o fundamento também não enseja coisa julgada, porém, a análise da constitucionalidade da norma instituidora do tributo acarretará uma decisão em que se declara a existência ou inexistência relação jurídica tributária entre o contribuinte e o Fisco. Nesse caso, a decisão projetará efeitos tanto para fatos pretéritos como para fatos futuros.

A coisa julgada nas relações continuativas enseja inúmeras controvérsias. Isto porque o Fisco constantemente nega-se a observar a eficácia da coisa julgada sobre o pretexto de que

a súmula nº 239 do Supremo Tributal Federal a restringe ao exercício abrangido pelo processo.

Desta feita, é de suma importância a análise e interpretação da referida súmula, o que será feito no item seguinte.

2.2 A SÚMULA Nº 239 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Súmula n° 239 do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1963) tem como precedente o Agravo de Petição nº 11.227 (BRASIL, 1945) julgado pela Suprema Corte em 05/06/1944, quando o Relator, Ministro Castro Nunes, atestou que "no tocante aos lançamentos, os efeitos da coisa julgada se restringem ao que foi objeto do litígio".

O julgado tratava-se de uma execução fiscal do imposto sobre a renda referente ao exercício de 1936. Em sua defesa, a empresa executada alegou que já havia sido executada anteriormente em relação ao exercício de 1934 e que havia logrado êxito no pedido de afastamento da cobrança do imposto pelo mesmo motivo da discussão atual. Isto, posto, para a executada, a decisão anterior produziria seus efeitos para os exercícios subsequentes, devendo, portanto, o Fisco se abster da cobrança do tributo observando o mandamento da coisa julgada.

Como aludido anteriormente, o que vai delimitar os efeitos da sentença é o pedido e a causa de pedir. Assim, não obstante se tratar de uma relação de natureza continuativa, a decisão prolatada só faz coisa julgada para o período analisado, uma vez que na defesa apenas se buscou o cancelamento da cobrança do imposto.

Por esse motivo, não seria cabível a extensão dos efeitos da decisão anterior para os exercícios seguintes. Com base nesse entendimento, o Plenário da Suprema Corte aprovou em 13 de dezembro de 1963 o enunciado da Súmula n° 239

(BRASIL, 1963) com a seguinte redação: “Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores”.

Ocorre que, com base em uma interpretação equivocada da referida súmula, por muito tempo os Tribunais Superiores, em especial o Superior Tribunal de Justiça, aplicaram-na indistintamente em seus julgados, inclusive para as sentenças que declaravam a existência ou inexistência de relação jurídica tributária, alterando o verdadeiro teor desta.

Assim, em virtude da má aplicação da referida súmula, diversos foram os problemas ocasionados, pois, inúmeros julgados onde a relação material era de natureza continuativa e o objeto da ação projetava sua eficácia para o futuro, tiveram a sua eficácia futura afastada equivocadamente tendo como fundamento a orientação dada pela súmula.

Desta feita, a aplicação da súmula 239 aprovada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal possui aplicação somente nos casos em que o pedido deduzido no processo se refira à cobrança do imposto em determinado exercício.

2.3 A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO MUDANÇA DO ESTADO DE DIREITO

Muito se discute na doutrina se a posterior apreciação da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal que decide de forma contrária à decisão transitada em julgado pode ser considerada uma alteração no suporte jurídico em que esta se baseou.

Valverde (2004, p.256 e 257) considera que apenas a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado ou no controle difuso, desde que seguida de suspensão da norma por resolução do Senado Federal, representa uma alteração no suporte jurídico.

O autor defende que a declaração de constitucionalidade seja no controle difuso, seja no concentrado, não corresponderá à referida alteração, pois alega que nesse caso não houve mudanças e sim a confirmação de constitucionalidade da lei.

Em sentido contrário, Machado H.B. (2006, p. 166):

> A manifestação do Supremo Tribunal Federal que decide definitivamente uma questão constitucional, em sentido oposto ao entendimento albergado na decisão que se fizera coisa julgada, configura direito novo. Desde que se torna definitiva se proferida em controle concentrado, ou mesmo em controle difuso em outro processo, quando a final afirma a constitucionalidade da lei. E se a final afirma a inconstitucionalidade, faz-se direito novo com a resolução do Senado Federal que lhe atribui efeitos gerais ao retirar a vigência de lei declarada inconstitucional.

Como se pode notar Machado H.B., defende que a decisão definitiva que declara a constitucionalidade da lei, seja em controle concentrado, seja no controle difuso, configura alteração no estado de direito, assim como a declaração de inconstitucionalidade no controle difuso se for seguida de resolução do Senado Federal suspendendo a norma inconstitucional.

Greco (2006, p. 304) tem um entendimento radical, pois não admite a alteração do suporte jurídico nem mesmo nas decisões vinculativas. Somente no caso de revogação da suspensão de medida cautelar é que o autor considera haver mudança no estado de direito.

Destarte, a alteração do suporte jurídico nas relações continuativas é tema controvertido na doutrina e jurisprudência quando se trata da apreciação da constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal cuja decisão é contrária à coisa jul-

gada anterior. Entretanto, o entendimento pacificado, como será visto posteriormente, é de que nas relações continuativas poderá haver a revisão da coisa julgada no que tange aos fatos que ocorrerem após a decisão da Suprema Corte.

2.4 A AÇÃO REVISIONAL DO ARTIGO 505 INCISO I DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A SUA APLICAÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO

O artigo 505 do Código de Processo Civil em seu inciso I, já aludido anteriormente, traz a possibilidade de revisão da coisa julgada quando ocorrer alteração das circunstâncias fáticas e/ou jurídicas nas relações continuativas. Desta feita, a eficácia da sentença que regula uma situação jurídica tributária continuativa pode ser limitada diante da ocorrência da referida alteração.

No direito tributário, entretanto, não há consenso na doutrina sobre a forma em que se dará a referida limitação ou sustação da eficácia da sentença, havendo aqueles mais radicais que admitem que a simples alteração das circunstâncias fáticas e/ou jurídicas, em qualquer situação, já é suficiente para promover, de forma automática, a limitação da eficácia futura da sentença.

Cumpre ressaltar que as decisões com eficácia *erga omnes* tem efeito vinculante e, portanto, passam a reger os fatos futuros de forma automática, não sendo necessário o ajuizamento da ação revisional.

Nessa esteira, Machado Segundo e Machado R.C.R (2006, p. 185):

> Caso se trate de decisão proferida no âmbito do controle concentrado, produzindo efeitos *erga omnes*, o termo inicial do "restabelecimento" da situação afastada pela decisão passada em julgado é a publi-

> cação do acórdão do STF, que, nesse caso, não pode retroagir para alcançar o passado, mas desde logo faz cessar a eficácia da decisão passada em julgado.

Cumpre salientar que para que ocorra a aplicação automática dos efeitos da decisão apreciada em sede de controle de constitucionalidade, é necessária uma relação de identidade entre as questões constitucionais debatidas pela Suprema Corte e aquelas decididas na lide individual (PONTES H.C., 2006).

Com relação às decisões em sede de controle difuso o efeito é *inter partes* e, portanto, não tem o condão de vincular as demais instâncias do sistema. Nesse caso, faz-se necessário o ajuizamento da ação revisional nos termos do artigo 505, inciso I do Código de Processo Civil para que o judiciário declare por meio de nova decisão a limitação da eficácia futura da decisão anterior se assim entender que houve efetivamente alteração no estado de direito.

Defendendo a desnecessidade de ajuizamento de ação por parte do Fisco, Greco (2006, p. 303) assevera:

> Pontes de Miranda, analisando amplamente a doutrina germânica, sustenta a necessidade dessa nova ação, bem como a eficácia *ex nunc*, a partir do seu ajuizamento, da sentença desconstitutiva ou, para ele, mandamental, que vier a revogar o comando emergente da sentença anterior.
>
> Acho que em matéria tributária não colhe esse entendimento. Como a constituição do crédito tributário obrigatoriamente se subordina aos princípios constitucionais da Administração Pública e deve revestir-se de todas as garantias ao contribuinte para demonstrar a sua insubsistência, parece-me que, por exceção, não dependa o fisco de nova ação para romper

> a continuidade do não-recolhimento do tributo em decorrência de sentença favorável ao contribuinte, se se modificaram o suporte fático ou a legislação tributária de tal modo que se desfigure a fatispécie que ensejou a sentença. Não basta que a lei posterior tenha revogado a anterior, se a lei nova continuou regulando da mesma maneira a hipótese de incidência que foi objeto da sentença anterior. Não basta que fatos acessórios tenham se modificado. É preciso que a modificação fática ou jurídica tenha atingido a essência do direito reconhecido na sentença.

Os argumentos do ilustre doutrinador, com a devida vênia, não merecem prosperar, pois, apesar de o Fisco não necessitar de ajuizamento de ação para constituir o crédito tributário, não se pode olvidar que esse poder não tem o condão de afastar a coisa julgada.

A prevalecer o entendimento da desnecessidade de ajuizamento da ação revisional, o contribuinte protegido pela coisa julgada entendendo que a situação fática e/ou jurídica permanece inalterada e vier a ser cobrado pelo Fisco sem que este tenha ajuizado ação revisional, terá que buscar no judiciário a proteção à coisa julgada. Não parece razoável que o contribuinte tenha que recorrer ao judiciário para fazer valer a decisão que transitara em julgado a seu favor.

Destarte, é indubitável que o Fisco não está dispensado de provocar o judiciário através da ação revisional quando se tratar de decisões com eficácia *inter partes*. Isso porque deverá provar a alegação quanto à alteração do suporte jurídico em que a decisão transitada em julgado se baseou, bem como a identidade entre as questões constitucionais debatidas pela Suprema Corte e aquelas decididas na lide individual. Somente após nova decisão do judiciário, caso entenda que se

trate de nova situação, não prevalecendo a coisa julgada para os fatos geradores futuros, é que o Fisco estará autorizado à cobrança do crédito tributário que vier a constituir.

Mojica (2011, p. 214) defende a necessidade do ajuizamento da ação revisional:

> Nota-se, com isso, que razões de segurança jurídica impõem a observância e o respeito daquilo que restou consolidado com a formação da coisa julgada material, sob pena de se instaurar verdadeiro colapso em relação às obrigações de trato sucessivo.
>
> Ou seja, caso não se acolha essa posição, ter-se-á que admitir que obrigações contratuais de trato sucessivo fixadas em sentença podem ser rompidas a qualquer tempo pela parte que julgar prejudicada com suposta alteração de fato ou de direito, ainda que não haja outra decisão judicial sobre o assunto, pois, salvo melhor juízo, não há legislação especial que preveja a possibilidade de revisão.
>
> Em razão disso e por força do já referido princípio da segurança jurídica, deve-se conferir estabilidade à coisa julgada que diz respeito às relações jurídicas continuativas, sobretudo porque a aferição das modificações fáticas e jurídicas a que alude o artigo 471, I, do CPC, pode demandar a produção de provas, fato que depende exclusivamente do ajuizamento de ação de conhecimento para esse mister, *in casu* a "ação revisional".

O autor, de forma brilhante, aduz quanto à necessidade de provas no que tange à ocorrência de modificações na situação fática e/ ou jurídica que deu suporte à decisão. Ora, não se pode olvidar que a parte interessada tem o ônus da prova

quanto a referida alteração, sendo indispensável a ação de conhecimento para o deslinde da causa.

Em relação ao momento inicial em que a ação revisional desconstituirá a eficácia da sentença, Pontes de Miranda (1974) aduz que caso seja o pedido julgado procedente, o entendimento é de que a nova decisão tem eficácia *ex nunc*.

2.5 COISA JULGADA INDIVIDUAL DECLARATÓRIA DA INCONSTITUCIONALIDADE *INCIDENTER TANTUM* DE NORMA TRIBUTÁRIA E A POSTERIOR DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RECONHECENDO A CONSTITUCIONALIDADE DA MESMA NORMA EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO

A declaração de constitucionalidade de uma lei pelo Supremo Tribunal Federal pode se dar através do controle concentrado ou difuso, sobretudo, por meio do julgamento de recursos extraordinários.

Cumpre destacar, que no controle difuso, quando a decisão for de inconstitucionalidade de lei, esta terá efeito *erga omnes* somente nos casos em que o Senado Federal editar resolução suspendendo a lei declarada inconstitucional.

Há quem defenda a desnecessidade da Resolução do Senado Federal para a obtenção do efeito *erga omnes* nas decisões do controle difuso. A justificativa é o que a doutrina denomina de ocorrência de mutação constitucional. Para essa corrente, há necessidade de aplicação de uma nova interpretação para o artigo 52, inciso X da Constituição Federal no sentido de que a Resolução do Senado Federal tem o condão de dar apenas publicidade para a decisão da Suprema Corte (PEDRON, 2012). Em outras palavras, defendem que os

efeitos da decisão em sede de controle difuso muito se aproximam dos efeitos da decisão no controle concentrado, não havendo necessidade da Resolução do Senado Federal para que se tenha eficácia *erga omnes*.

Em que pesem os argumentos dos adeptos da tese da aproximação dos efeitos dos controles concentrado e difuso, faz-se necessário o ajuizamento da ação revisional para a produção de provas pela parte interessada no sentido de demonstrar a relação de identidade acima mencionada quando se tratar de decisão com efeito *inter partes*.

Nesse sentido, Machado Segundo e Machado R.C.R. (2006, p. 185 e 186):

> Assim, caso a ulterior mudança na jurisprudência tenha ocorrido no campo do controle difuso de constitucionalidade, ou no plano da legalidade, pelo Superior Tribunal de Justiça, a subsistência dos efeitos futuros da coisa julgada deve ser submetida à apreciação do Poder Judiciário, por meio de ação de revisão da coisa julgada, nos termos do art. 471, I, do CPC. Só depois disso é que se poderá cogitar de mora do contribuinte, se for o caso, a qual deverá ser determinada pela decisão que apreciar a ação revisional, mas que não poderá ter como termo inicial data anterior à propositura da mesma.

Há, entretanto, autores que advogam no sentido da inocorrência de alteração no estado de direito por entenderem que a eficácia da declaração de constitucionalidade pela Suprema Corte no controle difuso é *inter partes*.

Nesse sentido, Troianelli (2005, p. 143):

> Tivesse a decisão que declara a constitucionalidade da norma sido proferida em sede de ação declarató-

> ria de constitucionalidade, e talvez – como se pretende no parágrafo único do artigo 28 da Lei nº 9.868, de 10.11.1999 – em sede de ação direta de constitucionalidade, o efeito vinculante dessa decisão representaria, sem dúvida, uma modificação no estado de direito, que vincularia os atos da Administração e do Poder Judiciário praticados após tal decisão.
>
> Tendo sido a decisão, todavia, proferida em sede de recurso extraordinário, foi unicamente um precedente a ser seguido pelo Poder Judiciário, e só promoveu alterações entre as partes envolvidas na demanda.

Desta feita, para os autores que entendem não haver alteração no estado de direito, não há que se falar em cessação da eficácia da coisa julgada.

Cumpre ressaltar, que o Supremo Tribunal Federal reconheceu recentemente a Repercussão Geral do tema que trata do limite da coisa julgada em matéria tributária no Recurso Extraordinário (RE) 955227. O caso em comento, refere-se à celeuma onde o contribuinte alega que teve a seu favor uma decisão judicial declarando a inexistência de relação jurídico-tributária sob o fundamento de inconstitucionalidade da lei 7.689/1998 por ofensa ao princípio da irretroatividade, e a União, por sua vez, sustenta a tese de que a decisão posterior do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso no RE 138284 que declarou a constitucionalidade da referida lei, permite a cobrança do tributo alegando alteração no suporte fático-jurídico.

Neste diapasão, será analisado se a decisão de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso contrária à decisão anterior *incidenter tantum*, representa alteração no estado de direito das relações continuativas capaz de afastar a coisa julgada.

Caso decida-se pelo afastamento da coisa julgada, caberá a análise quanto à modulação dos efeitos, ou seja, se a desconstituição terá efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*. Além disso, espera-se a pacificação quanto a necessidade ou não da ação revisional para a desconstituição da coisa julgada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A coisa julgada é uma garantia constitucional criada para dar estabilidade nas relações sociais de modo que se tenha a segurança jurídica da imutabilidade de uma decisão após o seu trânsito em julgado. Entretanto, nas relações tributárias continuativas, há casos em que a eficácia futura da decisão transitada em julgado não pode prevalecer *ad eternum*.

A posterior apreciação da constitucionalidade de uma lei pelo Supremo Tribunal Federal representa uma alteração no estado de direito das relações tributárias continuativas quando a decisão definitiva de constitucionalidade pela Suprema Corte for contrária à coisa julgada *incidenter tantum*. Isso implica dizer que a eficácia futura da decisão anterior sofrerá limitações quanto aos fatos posteriores à decisão do Supremo Tribunal Federal. Desta feita, a partir da publicação da decisão, quando se tratar de controle concentrado de constitucionalidade, os fatos futuros passarão a ser regidos de acordo com o entendimento da Suprema Corte. Nesses casos, como a decisão possui efeitos *erga omnes* e vinculante, passa a reger automaticamente os fatos futuros a partir de sua publicação.

De outro modo, se a declaração de constitucionalidade contrária à coisa julgada anterior ocorrer em sede de controle difuso terá efeitos apenas *inter partes*, não tendo, portanto, o condão de reger automaticamente os fatos futuros. Entretanto, desejando a parte interessada rever a coisa julgada de modo que esta se adeque aos entendimentos posteriores do

Supremo Tribunal Federal, poderá ajuizar ação de revisão prevista no artigo 505 inciso I do Código de Processo Civil.

Por derradeiro, impende destacar que em virtude da existência de diversas correntes divergentes e da ausência de apreciação do tema pelo Supremo Tribunal Federal, não há como apontar uma possível tendência a ser seguida quanto às questões aqui discutidas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Petição n. 11.227.** Relator. Min. Castro Nunes. DJ: 10/02/1945. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=543909> Acesso em: 16 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 239**. DJ: 13/12/1963. Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores. Disponível em < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=239.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em 16 out. 2016.

BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm> Acesso em 14 out. 2016.

GRECO, Leonardo. Coisa Julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária**. São Paulo: Dialética, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária**. São Paulo: Dialética, 2006.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária**. São Paulo: Dialética, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional (Estudos em homenagem a Anna Maria Vilela). **Revista de Informação Legislativa**, ano 41, n. 162, abr./jun. 2004. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/953> Acesso em: 20.10.2016

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Tomo V, Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MOJICA, Rodrigo Chinini. **Coisa julgada em matéria tributária e seus mecanismos de revisão**. São Paulo: Verbatim, 2011

PONTES, Helenilson Cunha. Coisa julgada tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ELALI, André (Coords.). **Coisa julgada tributária.** São Paulo: MP Editora, 2005.

______. Coisa julgada tributária. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária**. São Paulo: Dialética, 2006

SCAFF, Fernando Facury. Efeitos da coisa julga em matéria tributária e livre-concorrência. In: MACHADO, Hugo de Brito

(Coord.). **Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária**. São Paulo: Dialética, 2006.

TROIANELLI, Gabriel Lacerda. O enfraquecimento da coisa julgada em matéria tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ELALI, André (coords.)**. Coisa julgada tributária.** São Paulo: MP Editora, 2005.

VALVERDE, Gustavo Sampaio. **Coisa julgada em matéria tributária**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2004.